



Spis treści

ARTYKUŁY

Jarosław Mikołajewicz

- 3 Czy dobrze się bawimy? O zadaniach nauki prawa w warunkach kryzysu konstytucyjnego

Krzysztof Szczucki

- 23 Przedawnienie ścigania wybranych zbrodni komunistycznych w świetle zakazu stosowania tortur

Michał Pełka

- 34 Ronald Dworkin o prawie do aborcji

Jan Rudnicki

- 47 Specyfikacja: prawo rzymskie, współczesne kodyfikacje i ekonomiczna racjonalność

Marcin Hotel, Aleksandra Rychlewska

- 60 Niewskazanie osoby, której powierzyło się pojazd – z perspektywy prawa obwinionego do obrony

ARTYKUŁY RECENZyjne

Jan Halberda

- 71 Małżeństwo po angielsku

ORZECZNICTWO

Anna Michalak

- 81 Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Anna Chmielarz-Grochał, Jarosław Sułkowski

- 92 Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Piotr Sitnik

- 99 Przegląd orzecznictwa sądów brytyjskich



Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje
następujące teksty:

- 1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu należy dołączyć krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).
- 2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem artykułu do redakcji. Artykuł recenzyjny powinien mieć objętość do 20 000 znaków.
- 3) **głosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Głosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przysyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Texty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.

Numer 1(33) | 2016
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WYDAWCA

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius – Uniwersytet w Kolonii (Niemcy)
prof. Petr Blaho – Uniwersytet Trnavski (Słowacja)
prof. Bartosz Brożek – Uniwersytet Jagielloński
prof. Zbigniew Cieślak – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Tomasz Giaro – Uniwersytet Warszawski
prof. Joseph Hoffmann – Uniwersytet Indjany (USA)
prof. Sang Yong Kim – Uniwersytet Koreański (Korea Południowa)
prof. Małgorzata Korzycka – Uniwersytet Warszawski
prof. Jarosław Majewski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Marek Michalski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Artur Nowak-Far – Szkoła Główna Handlowa
prof. Aurelia Nowicka – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Jerzy Pisuński – Uniwersytet Jagielloński
prof. Michał Romanowski – Uniwersytet Warszawski
prof. Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Skoczyła – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Bogdan Szlachta – Uniwersytet Jagielloński
prof. Piotr Tuleja – Uniwersytet Jagielloński
prof. Daniil Tuzov – Uniwersytet Państwowy w St. Petersburgu
ks. prof. Krzysztof Warchałowski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Paweł Wiliński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza
Sekretarz redakcji: dr Krzysztof Szczucki – Uniwersytet Warszawski
mgr Kazimierz W. Ujazdowski
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa – Uniwersytet Jagielloński
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne – Uniwersytet Warszawski
dr Adam Szafrński – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Piotr Sitnik
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Czy dobrze się bawimy?

O zadaniach nauki prawa w warunkach kryzysu konstytucyjnego



Jarosław Mikołajewicz

Doktor habilitowany nauk prawnych, specjalizuje się w teorii i filozofii prawa, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Are we Having Fun? On the Aim of Legal Scholarship at the Time of a Constitutional Crisis

This study concerns the theoretical issues surrounding the ongoing constitutional debate in Poland, given fuel by the new Act on the Constitutional Court of the Republic of Poland, introduced shortly before the election defeat of the previous government coalition. The author focuses on three main issues: the construction of the authority; similarities and differences between the Constitutional Court and other courts; legal structures in periods of transition – in particular interim provisions and their types. Against this background, the author makes use of deductive techniques to raise and solve a rudimentary practical problem – the constitutionality of the solutions adopted by the relevant act.

W ostatnim czasie przez Polskę przetacza się wielka dyskusja konstytucyjna. Pozornie dotyczy ona prawidłowości obsady stanowisk sędziów Trybunału Konstytucyjnego w 2015 r. W istocie – podstaw funkcjonowania państwa oraz efektywności instytucji prawnych, w tym samej konstytucji.

Wypada jedynie zgodzić się ze zdaniem Andrzeja Działdziej, że zadaniem nauki prawa jest rzeczowa analiza prawa i aktów jego stosowania¹. *Sine ira et studio*.

1 A. Działdziej, *Quis custodiet custodes ipsos? Trybunał Konstytucyjny jako*

I. Zaangażowanie osobiste

Rację ma również Andrzej Działdziej, kiedy powiada, że każde wystąpienie w przedmiotowej sprawie naraża na podejrzenie o stronniczość.

W niniejszym szkicu podejmę zatem trzy kroki, aby jeśli podejrzeń nie uniknąć, to przynajmniej unaocznąć, w jakim stopniu

(nie)obiektywny strażnik konstytucji. Uwagi na kanwie orzeczenia K 34/15 Trybunału Konstytucyjnego z 3 grudnia 2015 roku, „Forum Prawnicze” 2015, nr 5 (31), s. 12–29.

jestem *iudex suspectus*. Po pierwsze, będę się starał nie odnosić do konkretnych spraw, sporów, wystąpień, które miały miejsce w ostatnim czasie. Poruszę kilka zagadnień ogólnych, które przedstawiają się jako kluczowe, aby umożliwić czytelnikowi wyrobienie sobie własnego poglądu o rzeczywistym stanie spraw. Po wtóre, zadenuncjuję sam siebie. Jestem podejrzany, bo nie dość, że pochodzę z Wydziału Prawa

sformułowałem na długo przed obecnym sporem konstytucyjnym, a jeśli odnoszą się one do spraw bieżących, to na zasadzie aplikacji, którą implikują.

II. Czy Trybunał jest sądem?

Od odpowiedzi na to pytanie zależy odpowiedź na pytanie zasadnicze, mianowicie czy w Polsce w ogóle obecnie toczy się spór między władzami



**Nie wierzę, a w każdym razie nie wierzę,
że w takim zakresie, w jakim wyobrażają
to sobie politycy, rekomendacja tej czy
innej siły politycznej czyni z sędziego TK
posłusznego wykonawcę ich woli.**

i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu, z którego wywodzą się dwie osoby wybrane na stanowiska sędziowskie do Trybunału Konstytucyjnego, mianowicie prof. Roman Hauser oraz prof. UAM dr hab. Krzysztof Ślęzak, to promotorką mojej pracy doktorskiej jest prof. Sławomira Wróńska, sędzia TK przewodnicząca rozprawie będącej przedmiotem zainteresowania prof. Dziadzio. Nadto dwie ostatnie osoby uczestniczą w grancie, którego jestem kierownikiem, a o prof. Ślęzaku kilkakrotnie pozwoliłem sobie sformułować zdanie, że jest wyjątkowo przygotowanym – z punktu widzenia formacji i specjalności naukowej – kandydatem na sędziego TK. I zdania nie zmieniam. Po trzecie, nie wierzę, a w każdym razie nie wierzę, że w takim zakresie, w jakim wyobrażają to sobie politycy, rekomendacja tej czy innej siły politycznej czyni z sędziego TK posłusznego wykonawcę ich woli. Więcej, nie potrafię sobie przedstawić środków, które zmuszałyby do tego typu uległości. Czytelnik sam osądzi, czy powołane wyżej okoliczności w jakiś sposób podważają wiarygodność niżej sformułowanych tez.

Chciałbym również zwrócić uwagę na fakt, że w niniejszym tekście podnoszę jedynie tezy, które

klasycznie pojmowanymi w kategoriach trójrozdziału. Nie trzeba však dowodzić, że w przypadku odpowiedzi negatywnej w ogóle o konflikcie tego rodzaju nie można mówić.

1. Nieco historii instytucjonalnej

Trybunał Konstytucyjny do polskiego prawa konstytucyjnego został wprowadzony w 1982 r.² Reczywiste instytucjonalne ramy otrzymał dopiero

2 Wtedy to uchwalono przepis art. 33a dodany przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. nr 11, poz. 83), zmieniającej Konstytucję PRL z dniem 6 kwietnia 1982 r.

Przepis ów brzmiał następująco:

„Art. 33a

1. Trybunał Konstytucyjny orzeka o zgodności z Konstytucją ustaw i innych aktów normatywnych naczelných oraz centralnych organów państwowych.

2. Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności ustaw z Konstytucją podlegają rozpatrzeniu przez Sejm.

3. Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności z Konstytucją lub ustawami innych aktów normatywnych są wiążące. Trybunał Konstytucyjny stosuje środki potrzebne dla usunięcia tej niezgodności.

w 1985 r.³, pierwsze zaś orzeczenia⁴ zapadły w roku 1986. W tym sensie, zależnie od rozpatrywanego aspektu, można mówić o trzech datach wprowadzenia instytucji Trybunału Konstytucyjnego do polskiego porządku prawnego.

Do kompetencji Trybunału należało orzekanie o zgodności z Konstytucją ustaw i innych aktów normatywnych naczelných oraz centralnych organów państwowych. Z tymi jednak istotnymi wyjątkami, że orzeczenia TK o niezgodności ustaw z Konstytucją podlegały rozpatrzeniu przez Sejm⁵, a nadto kognicji Trybunału Konstytucyjnego nie podlegały, co do zasady, akty ustawodawcze i inne akty normatywne ogłoszone, zatwierdzone bądź ustanowione przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym, w żadnym zaś wypadku akty, które zostały ogłoszone, a gdy chodzi o dekrety – zatwierdzone bądź takie, które uzyskały moc obowiązującą – przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁶. Oczywiście celem takiego ukształtowania kompetencji Trybunału była przyświecająca sprawującym władzę chęć ochrony – swoich działań, a także wykonawców ich decyzji przed odpowiedzialnością prawną, a w szczególności zamiar uniknięcia odpowiedzialności za zbrodnie stanu wojennego. Istotnym ograniczeniem kompetencji Trybunału Konstytucyjnego był też swoisty, pięcioletni termin prekluzyjny do rozpoznania wniosku dotyczącego danego aktu⁷ oraz obowiązek umorze-

nia postępowania, gdy będący przedmiotem postępowania akt normatywny utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny⁸.

Nowelą kwietniową z 1989 r. Konstytucji PRL, w związku z likwidacją Rady Państwa i wprowadzeniem instytucji Prezydenta Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, do kompetencji Trybunału Konstytucyjnego dodano ustalanie powszechnie wiążącej wykładni ustaw⁹ oraz kompetencje do rozpoznawania wniosków Prezydenta Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej składanych w trybie tzw. kontroli prewencyjnej¹⁰. Kompetencja do dokonywania wiążącej wykładni prawa, co interesujące w kontekście obecnie obowiązujących norm konstytucyjnych oraz toczących się na ich gruncie sporów, i wówczas wzbudzała kontrowersje¹¹.

upływie pięciu lat od ogłoszenia aktu lub zatwierdzenia dekretu (art. 3 pkt 1) albo ustanowienia aktu (art. 3 pkt 2), Trybunał kieruje w trybie art. 5, do organu, który wydał akt objęty wnioskiem, a gdy wniosek dotyczy dekretu – do Sejmu”.

8 Zob. art. 4 ust 2 ustawy o TK z 1985 r. Skądinąd pojęcie „utrąty mocy obowiązującej aktu normatywnego” posiada swoją bogatą historię w orzecznictwie TK, której omówienie przekracza jednak cele niniejszego opracowania. W każdym razie rzutowanie wypracowanego przez obecne orzecznictwo pojęcia w ówczesny układ normatywny byłoby nie tylko ahistoryczne, ale wprost fałszowałoby rzeczywisty stan rzeczy, co do kompetencji Trybunału Konstytucyjnego w owym czasie. Skądinąd jednym ze znamion owych czasów – co zda się wracać obecnie – było wprost Orwellowskie fałszowanie nie tylko języka potocznego, ale i aparatury pojęciowej.

9 Zmiana dokonana przez art. 1 pkt 10 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. nr 19, poz. 101), zmieniającej Konstytucję PRL z dniem 8 kwietnia 1989 r.

10 Art. 27 ust 4 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r. dodany ustawą z dnia 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej.

11 W większości przypadków była afirmowana, np. w wyroku NSA z dnia 22 kwietnia 1999 r., IV SA 410/97, LEX nr 48697, stwierdza się: „Powszechnie obowiązująca wykładnia ustawy wiąże organy państwa oraz sądy przez cały okres obowiązywania ustawy, tj. od daty jej wejścia w życie do dnia utraty mocy obowiązującej”. Odmienne stanowisko, stając na gruncie zasady podlegania sędziów jedynie ustawom,

4. Członków Trybunału Konstytucyjnego wybiera Sejm spośród osób wyróżniających się wiedzą prawniczą.

5. Członkowie Trybunału Konstytucyjnego są niezawisli i podlegają jedynie Konstytucji.

6. Właściwość, ustrój i postępowanie Trybunału Konstytucyjnego określa ustawa”.

3 Stało się to za sprawą ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. nr 22, poz. 98), której zasadnicze przepisy weszły w życie z dniem 1 stycznia 1986 r.

4 Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1986 r., U 1/86, OTK 1986/1/2.

5 Art. 35 ust. 1 i 2 ustawy o TK z 1985 r.

6 Art. 33a ust. 2 Konstytucji PRL z 1952 r. dodany przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o zmianie Konstytucji PRL.

7 Art. 21 ustawy o TK z 1985 r.: „Wnioski o wszczęcie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, wniesione po

Radykalna zmiana pozycji ustrojowej Trybunału Konstytucyjnego nastąpiła z dniem 31 grudnia 1989 r.¹², przy czym zmiany nie dotyczyły bynajmniej – od strony formalnej – kompetencji Trybunału¹³, ale materialnych podstaw orzekania. Rolę taką odegrało w szczególności – jak się okazuje, nie tylko symboliczne – zerwanie z systemem prawnym PRL, co wyrażało się zmianą nazwy Państwa Polskiego, przyjmującą formalnie m.in. postać zmiany tytułu samej konstytucji, ale przede wszystkim wprowadzenie art. 1 statuującego zasady państwa prawnego oraz sprawiedliwości społecznej. Na podstawie tych zasad, w szczególności zaś pierwszej, Trybunał Konstytucyjny rozwinął linie orzecnicze, które – mimo pozoru zachowania form ewolucyjnych – dokonały gruntownej, jakościowej zmiany systemu prawnego i w znacznym stopniu przyczyniły się do zmian systemu społecznego w Polsce. Nieco patetycznie rzecz ujmując, Polska z państwa właścicieli PRL przekształcała się, w aspekcie formalnym, w państwo prawne, z konsekwencjami płynącymi z tego faktu – w szczególności traktowaniem prawa jako jedynego dopuszczalnego środka wyznaczania państwowych relacji władczych między podmiotami. Formalnym wyrazem tego procesu, współstymulowanego orzecznictwem TK, ale przecież i działalnością innych organów, było normatywne przekształcenie¹⁴ – już jednak o istotnie zmienionej treści normatywnej – nieuchylonych przepisów konstytucji z 1952 r. w „przepisy konstytucyjne utrzymane w mocy art. 77 ustawy konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach

zajął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 26 maja 1995 r., I PZP 13/95, OSNP 1995/23/286. Pogląd sądu spotkał się z krytyką P. Winczorka, *Glosa do uchwały SN z dnia 26 maja 1995 r., sygn. I PZP 13/95*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 2, s. 101.

12 Z dniem tym weszła w życie ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. nr 75, poz. 444).

13 W szczególności, aż do wejścia w życie Konstytucji RP orzeczenia TK o niezgodności ustaw z Konstytucją podlegały rozpatrzeniu przez Sejm.

14 Art. 77 ustawy konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. nr 84, poz. 426).

między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym. W ten sposób również normatywne dziedzictwo PRL nabierało znaczenia faktu historycznego, z którym należy się, jak z każdym faktem, liczyć, ale raczej jako wyznaczającym – w interesującej nas sferze normatywnej – jedynie podstawy kompetencyjne¹⁵. W tym kontekście można by zapewne poważyć się na sformułowanie tezy, że – w wyżej wskazanym zakresie – Trybunał Konstytucyjny był organem w jakimś stopniu o samokonstruujących się kompetencjach¹⁶, w oparciu zaś o zasadę państwa prawnego¹⁷ dokonał istotnie reinterpretacji systemu

15 A i to z tym istotnym zastrzeżeniem, że materialne wyznaczniki treści tych kompetencji dotyczą jedynie w sposób nader ogólny.

16 Spektakularnym tego przykładem, a koncepcyjnie znacznie łatwiejszym do uchwycenia niż odpoznawane w licznych orzeczeniach treści zasady państwa prawnego, jest doprecyzowanie reguły konsekwencyjnej kompetencji orzecznich Trybunału Konstytucyjnego w uchwale TK z dnia 20 października 1993 r., W 6/93, OTK 1993/2/51, w której pkt 3 Trybunał stwierdził: „Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności ustawy z Konstytucją, które nie zostało rozpatrzone przez Sejm w terminie sześciu miesięcy od dnia przedstawienia Sejmowi orzeczenia przez Prezesa Trybunału Konstytucyjnego, ma (zachowuje) moc obowiązującą i powoduje uchylenie ustawy z dniem ogłoszenia w Dzienniku Ustaw obwieszczenia Prezesa Trybunału Konstytucyjnego o utracie mocy obowiązującej ustawy”.

17 Zasadę państwa prawnego Trybunał Konstytucyjny przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. postrzegał jako koniunkcję „wykrytych” zasad szczegółowych. Zob. J. Mikołajewicz, *Pojmowanie zasady państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, rozdział (w:) S. Wronkowska (red.), *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995. Również po „pozytywizacji” dorobku orzeczniczego TK w zakresie zasady państwa prawnego przepisami konstytucyjnymi nadal zasada ta traktowana jest jako zasada koniunktywna, aczkolwiek zubożona (sic!) o treści spozytywizowane. Zauważyć przy tym wypada mylenie dwóch odrębnych od siebie zagadnień: samej zasady państwa prawnego i przepisu (obecnie art. 2 Konstytucji RP) zawierającego zwrot „demokratyczne państwo prawne”. Związane jest to zapewne z niedostatecznym opracowaniem teoretycznym problemu przez naukę prawa konstytucyjnego i teorię prawa.

prawa traktowanego jako zastany zbiór przepisów prawnych¹⁸.

Wejście w życie (z dniem 17 października 1997 r.) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwiet-

18 Treść zaś tej zasady w znacznej mierze wyznaczana jest przyjmowaną koncepcją państwa prawnego, która bynajmniej nie musi być i nie zawsze była wiązana z demokracją, starczy przypomnieć legitymizującą dyktaturę twórczość C. Schmitta czy związaną z absolutną monarchią samą genezę terminu „Rechtsstaat”. Zresztą i w Polsce konstytucyjna zasada państwa prawnego zostaje wprowadzona w warunkach ewoluującego systemu społecznego i prawnego. Rzec by można, że zgodnie ze swoją zachowawczą proveniencją staje się wyrazem i manifestacją antyrewolucyjnej (aczkolwiek nie z punktu widzenia ustroju ekonomicznego, przeciwnie: dawni „trójpanowie” nader ochoczo się uwłaszczają) koncepcji przekształceń ekonomiczno-społecznych. W szczególności TK kilkoma orzeczeniami uniemożliwił w Polsce skuteczną lustrację. Aczkolwiek ta cecha polskiej zasady państwa prawnego determinowana jest nie tyle samą ideą państwa prawa, przedstawić sobie można wszak bezpośrednie normatywne przejście od państwa bezprawa do państwa prawa przez radykalne zastąpienie jednego porządku konstytucyjnego drugim, a przyjętą w Polsce jego koncepcją warunkowaną politycznym porozumieniem okrąglego stołu oraz uwarunkowaniami polityki zewnętrznej. Okoliczności te warunkowały swoistość polskiej interpretacji zasady państwa prawnego, w której akcentowane były przede wszystkim elementy formalne, ale zarazem i nadanie jej podstawowego charakteru ustrojowego przekraczającego znaczenie, jakie przyznawane jest tej zasadzie na gruncie innych systemów prawnych.

Obecnie jednak zda się, że i w Polsce mamy do czynienia z ewoluowaniem zasady państwa prawnego, podkreślanie jej elementów materialnych, co następuje – niejako z konieczności – kosztem elementów formalnych. Szczególną manifestacją tego rozumienia zasady państwa prawnego jest osadzenie jej w strukturze ontycznej prawa wyznaczonej deklarowanym uznaniem godności ludzkiej jako źródła praw i wolności jednostki. Tak traktowana zasada państwa prawnego staje się dyrektywą instrumentalną w stosunku do godności osobowej każdego człowieka, przez co nie może być dłużej uznawana za zasadę statuującą ochronę dobra samoistnego. Myśl ta znajduje zresztą swój wyraz w samej strukturze Konstytucji, przepis wysławiający zasadę państwa prawnego przestał być pierwszym, a zastępujący go przepis proklamuje zasadę dobra wspólnego jako zasadę naczelną.

nia 1997 r.¹⁹ (dalej: Konstytucja RP) wyznacza nowy okres działalności Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał utracił kompetencję do dokonywania powszechnie wiążącej wykładni ustaw oraz dokonywania kontroli aktów normatywnych z inicjatywy własnej. Nowymi kompetencjami są: orzekanie w sprawach skarg konstytucyjnych, rozstrzyganie sporów kompetencyjnych pomiędzy centralnymi konstytucyjnymi organami państwa oraz stwierdzanie zaistnienia przeszkody w sprawowaniu urzędu przez Prezydenta RP. Rozszerzony został również zakres kognicji Trybunału Konstytucyjnego w sprawach kontroli konstytucyjności prawa. Trybunał uzyskał kompetencję do orzekania w sprawie zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody parlamentu wyrażonej w formie ustawy, oraz orzekania o zgodności z Konstytucją RP, ustawami i ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi aktów normatywnych o charakterze wykonawczym. Nadto orzeczenia TK, z pewnymi wyjątkami w okresie przejściowym, zostały wyposażone w moc powszechnie obowiązującą i przymiot ostateczności. Nowe konstytucyjne określenie kompetencji orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego²⁰ oraz ich ustawowe dookreślenie²¹ nie spowodowały jednak istotnych zmian dotychczas wypracowanych zasad. Trzeba bowiem zauważyć i ten fakt, że wiele przepisów Konstytucji RP stanowi swoisty zapis zasad statuowanych orzecznictwem TK po proklamowaniu nowelą grudniową 1989 r. Rzeczypospolitej Polskiej, co skądinąd właśnie uzasadnia ich ciągłość²². Nad-

19 Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

20 Przepisami art. 188–197, art. 122 ust. 3 i 4, art. 133 ust. 2, art. 79 oraz art. 131 ust. 1 Konstytucji RP.

21 Ustawa z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. nr 102, poz. 643, z późn. zm.; dalej: ustawa wyjściowa z 1997 r.), obowiązująca do 30 sierpnia 2015 r. Obecnie ustawowym dookreśleniem kompetencji orzeczniczych Trybunału jest ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. poz. 1064 z późn. zm.; dalej: ustawa czerwcową z 2015 r.). Upoważnienie do wykonywania inicjatywy własnej Trybunału Konstytucyjnego było upoważnieniem ustawowym.

22 Spostrzeżenie to można by uznać za partykularne potwierdzenie tezy o swoistym środowiskowym dziedziczeniu

to niewątpliwie nowe zasady orzecznicze, obecnie jednak chyba nadal *in statu nascendi*, wyznaczają relacje prawa Rzeczypospolitej do prawa ponadnarodowego. Obraz kompetencji Trybunału Konstytucyjnego byłby niepełny, gdyby nie uwzględnić, że w sprawach nieuregulowanych również w obecnie obowiązującej ustawie o Trybunale Konstytucyjnym do postępowania przed Trybunałem stosuje się od-

litycznych. Tyle że trudno by uznać tę kompetencję za szczególnie istotną.

Trybunał Konstytucyjny jest organem o osobiwej charakterystyce. W doktrynie pojawia się pogląd, że w istocie jest to organ szczególnej kontroli, mianowicie kontroli konstytucyjności prawa²⁵. Pogląd ten – nie tylko na poziomie werbalnym, ale i merytorycznym – wymaga szczególnego rozważenia.



Nowe konstytucyjne określenie kompetencji orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego oraz ich ustawowe dookreślenie nie spowodowały istotnych zmian dotychczas wypracowanych zasad.

powiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego²³, natomiast przy rozpoznawaniu wniosków w sprawie zgodności z Konstytucją RP działalności partii politycznych – również odpowiednio – przepisy kodeksu postępowania karnego²⁴.

Już z tego skrótowego przeglądu kompetencji Trybunału Konstytucyjnego widać, że niewątpliwie charakter sądu ma TK jedynie w przypadku badania zgodności z Konstytucją RP działalności partii po-

zapewne sporne jest, czy tak użyte pojęcie kontroli konstytucyjności prawa mieści się w pojęciu kontroli, żadnym przy tym argumentem nie może tu być wystąpienie w substratach materialnych obu tych nazw tego samego słowa²⁶. Niezależnie jednak od powyższego, swoistość Trybunału Konstytucyjnego jest tak daleka, że nie sposób jej, w szczególności poprzez użycie argumentów rubrykalnych²⁷ zaprze-

określonych idei przez prawników, sformułowanej w: M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 90–91.

23 Aktualnie jest to art. 74 ustawy czerwcowej z 2015 r., natomiast przed 30 sierpnia 2015 r. art. 20 ustawy wyjściowej z 1997 r. Na ten temat szeroko A. Zieliński, *Zakres stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Palestra” 1998, z. 7–8, s. 53–65; Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzeciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 79 i n.; M. Masternak-Kubiak, *Procedura postępowania w sprawie skargi konstytucyjnej* (w:) J. Trzeciński (red.), *Skarga konstytucyjna*, Warszawa 2000, s. 171 i n.

24 Art. 57 ust 1. ustawy wyjściowej z 1997 r., a obecnie art. 110 ust. 4 ustawy czerwcowej z 2015 r.

25 J. Trzeciński, *Czy Trybunał Konstytucyjny jest władzą sądową?* (w:) M. Kudej (red.), *Krąg zagadnień konstytucyjnych. Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, Katowice 1999, s. 200.

26 Na temat pojęć „kontrola” i „nadzór” patrz M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym. Administracja wobec wolności i innych praw podmiotowych jednostki*, Poznań 1995 oraz (aczkolwiek w przedmiotowo znacznie ograniczonym zakresie) tenże, *Nadzór jako instytucja materialnego prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 1, s. 17–25.

27 Jako nie nazbyt poważne pozostawmy argumenty z zamieszczenia przepisów o Trybunale Konstytucyjnym w jednym miejscu z sądami. Argumenty rubrykalne – pomieszczenie przepisów o TK w określonym miejscu Konstytucji – są niewystarczające, albowiem o ile „w rozumieniu ustawy raki są rybami”, to jednak w teoretycznym opisie stanu rzeczy żaden

czyć. Zauważyć trzeba wszak fakt, że w poprzednio obowiązujących przepisach konstytucyjnych regulacja Trybunału umieszczona została w szczególnym rozdziale Konstytucji PRL, w którym pomieszczony został razem z Najwyższą Izbą Kontroli, Trybunałem Stanu, Rzecznikiem Praw Obywatelskich i Krajową Radą Radiofonii i Telewizji. Przy czym tylko jeden spośród wymienionych organów (składną niewątpliwie) przysłoby uznać za organ sądowy.

2. Trybunał Konstytucyjny jako organ

Zdaje się, że traktowanie Trybunału Konstytucyjnego jako pewnego rodzaju sądu oparte jest na dwóch nieporozumieniach. Oba bazują skądinąd na tej samej fałszywej przesłance, że jeżeli określony organ jest zorganizowany i działa na zasadach sądowych, to po prostu jest sądem.



Zdaje się, że traktowanie Trybunału Konstytucyjnego jako pewnego rodzaju sądu oparte jest na dwóch nieporozumieniach.

Dla potrzeb prawniczych najdogodniej jest pojąć organ jako pewnego rodzaju zespół reguł. Mianowicie reguł dotyczących obsadzania jego substratu osobowego, reguł wyznaczających czynności konwencjonalne, do dokonywania których organ jest powołany, reguł upoważniających do dokonywania owych czynności i wreszcie reguł, na podstawie których zalicza się dane czynności na poczet określonej grupy społecznej. Zdarza się wszak i tak, że organ dokonuje czynności konwencjonalnej, do której został powołany i do której to konkretnie otrzymał upoważnienie, a jednak np. z powodu tzw. „nieważności” czynność ta bynajmniej nie zostanie zaliczona na poczet grupy udzielającej upoważnienia (w praktyce częściej: zostanie zaliczona, ale jako czynność o innej treści).

Pewne wątpliwości budzić przy tym może, czy norma nakazująca czynić użytek z przyznaných kompetencji konstytuuje organ jako zespół reguł. Ze względów praktycznych wydaje się, że najdogodniej jest uznać takie normy jako te, których adresem jest ukonstytuowany już organ (zatem organ już obsadzony). W szczególności umożliwia to kwalifikacje przedmiotowych zachowań owego organu w kategoriach prawności. Również względy rzeczowe zdają się przemawiać za postulowanym rozwiązaniem, gdyż bez ukonstytuowania organu nakazanie mu jakichkolwiek czynności przedstawia się jako bezprzedmiotowe. Zagadnienia tego nie należy mylić z dość często występującym przypadkiem formułowania w przepisach prawnych jakoby jedynie normy nakazującej dokonanie określonej czynności konwencjonalnej. W takich przypadkach mamy

do czynienia w istocie ze skondensowanym wyśłowieniem dwóch norm: normy kompetencyjnej upoważniającej ów organ do dokonania czynności C, oraz normy merytorycznej – nakazującej organowi z kompetencji owej czynić użytek. Za koncepcją tą przemawia również pogląd doktryny prawa. W szczególności podnosi się, że kompetencja sama przez się nie nakłada na nikogo obowiązku (chyba że czyni to inna norma nakazująca wykonanie kompetencji). Przy braku stosownej normy nakazu, „o wykonaniu kompetencji decyduje ocena samego podmiotu kompetencji (...), a więc względy racjonalności lub po prostu zdrowy rozsądek”²⁸. Uwzględniając powyższe, tyle wypada stwierdzić, że ewentualne inne konstrukcje organu pojmowanego jako zespół reguł miałyby charakter nie tylko

rak rybą być nie może, przynajmniej w języku uznającym cztery elementarne zasady logiki.

28 A. Bator, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 10, s. 96.

sztuczny, ale i bezprzedmiotowy. Aczkolwiek zapewne nie można wykluczyć, że doprecyzowanie charakteru udzielonej kompetencji jako przedmiotu obowiązku²⁹ czy fakultatywnej może się przedstawiać jako konieczne, a co najmniej użyteczne dla potrzeb teoretycznych.

Niektóre organy, które można pojmować już socjologicznie, dla swojego realnego (w sensie podjęcia działań w określonym układzie społecznym) zaistnienia wymagają realizacji niejako dwustopniowych reguł obsadzania organu. Mianowicie najpierw wskazania reguł wyłaniania w określonym sensie ekskluzywnej grupy osób, spośród których inne reguły obsadzania nakazują wyłaniać następnie substrat osobowy organu, o którego działalność w sensie społecznym chodzi. Aczkolwiek zauważyć trzeba, że dałoby się przedstawić i takie organy, konstruowane dwustopniowo, których realna efektywność w nader istotnym stopniu ukierunkowana jest na aktywność wewnętrzną ekskluzywnej grupy obsadzonej przy pomocy reguł jej wyłaniania.

Jedynie dla porządku zaznaczyć wypada, że konstruowane owymi dwoma rodzajami reguł obsadzania grupy niekoniecznie zawsze pojmowane być muszą jako organy. W przypadku grup wyłonionych w wyniku realizacji reguł pierwszego rodzaju zdarzyć się może wszak tak, że w istocie nie dochodzi do powołania jakoś dającego się pojąć organu, a do desygnacji elementów zbioru osób, które wyłącznie mogą tworzyć substrat osobowy określonego organu wyłoniony w wyniku realizacji reguł drugiego rodzaju. Tak też jest z sędziami, którzy wyłącznie mogą tworzyć organy nazywane przez nas sądami, a pojęte jako organy wymiaru sprawiedliwości³⁰. Tak w szczególności jest z sędziami TK, co do któ-

rych wyłaniania sposób obsady jest o tyle bardziej skomplikowany, że najpierw następuje wybór przez organ czysto polityczny, a następnie nadanie imperium państwowego – tzw. inwestytura – przez głowę państwa.

W przypadku Trybunału Konstytucyjnego nadto reguły pierwszego rodzaju wyznaczają nie tylko ekskluzywną grupę sędziów TK, ale już one same konstytuują taki byt, który nazywamy Trybunałem Konstytucyjnym. Wszak całkiem dorzecznie jest powiedzieć: Trybunał Konstytucyjny składa się z piętnastu sędziów³¹; co samo przez się nie jest tożsame ze sformułowaniem, że dla wykonywania czynności orzeczniczych, do których jest – jak uznajemy – przede wszystkim powołany Trybunał, konieczny jest udział wszystkich piętnastu sędziów TK. Owszem, określenie „Trybunał Konstytucyjny w pełnym składzie” desygnuje zespół osób mniej liczny, aczkolwiek wyłoniony tylko spośród osób tworzących Trybunał Konstytucyjny rozumiany w pierwszym z tu przedstawionych znaczeń.

Choć problematyka związana z organami wyłoniętymi w wyniku realizacji reguł pierwszego rodzaju posiada swoją doniosłość społeczną³², to jednak zwykle przedmiotem uwagi są organy dokonujące czynności konwencjonalnych, do których realizacji organy określane daną nazwą są powołane. W sensie instytucjonalnym również organ wyłoniony w wyniku realizacji reguł pierwszego rodzaju ma na celu właściwe wykonywanie upoważnień otrzymanych przez organ wyłoniony w wyniku realizacji reguł drugiego rodzaju. Skądinąd upoważnień, których realizacja przedstawia się zwykle jako na tyle cenna społecznie, że uznaje się za koszt konieczny utrzymywanie również organów, nazwijmy to tak, pierwszego rodzaju.

Zgodnie z dość powszechnie stosowaną terminologią grupę osób konstytuujących interesujący nas organ wyłoniony w wyniku realizacji reguł pierw-

29 Użycie sformułowania „przedmiot obowiązku” nie jest bynajmniej lapsusem językowym. Całkiem dobrze można sobie przedstawić i taką konstrukcję prawną, że określonemu podmiotowi zakazane jest (w jakichś okolicznościach czasu, miejsca itd. – gdyby bezwarunkowo adekwatnym środkiem było po prostu nieprzyznawanie określonej kompetencji) korzystanie z przyznanych kompetencji.

30 Czemu nie przeczy, że posługujemy się zwrotami złożonymi, w których słowo „sąd” występuje, a desygnującymi określone twory organizacyjne, np. sąd rejonowy.

31 A niedorzecznie: „Sąd Rzeczypospolitej składa się z 6500 sędziów”.

32 Nikogo nie trzeba wszak przekonywać, jakie znaczenie, również dla realizacji funkcji orzeczniczych, ma zagadnienie doboru substratu osobowego takiego organu oraz jego wewnętrznej struktury.

szego rodzaju nazywa się po prostu substratem osobowym; substrat osobowy organu powstającego w wyniku realizacji reguł drugiego rodzaju określa się składem osobowym.

Sama w sobie charakterystyka substratu osobowego Trybunału Konstytucyjnego jako wyłącznie mogącego tworzyć konkretne składy osobowe – organy – nie jest jednak niczym w prawie szczególnym i bynajmniej odrębnym dla sądownictwa. Podobnie można było opisać syndyka na gruncie prawa upadłościowego³³.

3. Charakterystyka sposobu działania Trybunału Konstytucyjnego

Aczkolwiek Trybunał Konstytucyjny nie jest w znaczeniu ścisłym organem sądowym³⁴, jego zadania nie są przecież w żadnym przypadku formą wykonywania nawet najszerzej pojmowanego wymiaru sprawiedliwości³⁵, to jednak jest organem działającym na sposób sądowy. Pierwszym tego przejawem jest ukształtowanie sposobu wykonywania kompetencji. Trybunał Konstytucyjny, poza jednym, niepozbawionym znaczenia wyjątkiem³⁶, jest organem, którego kompetencje rozpoznania (rozstrzygnięcia) sprawy wymagają aktualizacji poprzez stosowny wniosek określonego podmiotu. Przy czym wniosek ten, poza wywołaniem skutku aktualizacji obowiązków Trybunału, zarazem wyznacza granice rozpoznania w danej sprawie: w szczególności zarówno jej przedmiot, jak i podstawy orzekania. Również samo postępowanie przed Trybunałem do pewnego stopnia realizuje zasadę dyspozycyjności. W szczególności decyzja wnioskodawcy może powodować dezaktualizację (dla precy-

zji: w określonych ramach czasowych) kompetencji Trybunału do rozpoznania określonej sprawy. Strona ma także znaczny wpływ na prowadzenie postępowania dowodowego. Charakterystyki postępowania przed Trybunałem jako w zasadniczym rysie sądowoprosesowego dopełnia twierdzenie, że postępowanie to jest zorganizowane na zasadzie kontradyktoryjności. Za tą tezę przemawia również ukształtowanie przez ustawodawcę postępowania przed Trybunałem jako postępowania w określonym zakresie, niesamodzielnego; współwyznaczanego przez odpowiednie stosowanie klasycznych procedur sądowych: kodeksu postępowania cywilnego, a w postępowaniu szczególnym dotyczącym partii politycznych: kodeksu postępowania karnego.

Niemniej jednak stwierdzić trzeba, że pełna charakterystyka kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, w tym również procedur dokonywania przezeń czynności konwencjonalnych, do czego został powołany, wskazuje na fakt, że Trybunał nie mieści się w klasycznym trójęmieniu władzy.

4. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego

Drugie podobieństwo do sądów dotyczy statusu osób będących członkami Trybunału Konstytucyjnego. Aczkolwiek, zgodnie z logiką systematyki Konstytucji RP – problematyka substratu osobowego Trybunału Konstytucyjnego jest materią konstytucyjną³⁷ – na pierwszy plan wybijają się różnice.

37 Zagadnienie regulowane jest przez art. 194–197 Konstytucji RP. Dla wygody czytelnika zacytujemy je *in extenso*:

„Art. 194. 1. Trybunał Konstytucyjny składa się z 15 sędziów, wybieranych indywidualnie przez Sejm na 9 lat spośród osób wyróżniających się wiedzą prawniczą. Ponowny wybór do składu Trybunału jest niedopuszczalny.

2. Prezesa i Wiceprezesa Trybunału Konstytucyjnego powołuje Prezydent Rzeczypospolitej spośród kandydatów przedstawionych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału Konstytucyjnego.

Art. 195. 1. Sędziowie Trybunału Konstytucyjnego w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji.

2. Sędziom Trybunału Konstytucyjnego zapewnia się warunki pracy i wynagrodzenie odpowiadające godności urzędu oraz zakresowi ich obowiązków.

33 Zob. J. Mikołajewicz, M. Sachajko, *Kwalifikacje syndyka. Problematyka intertemporalna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, nr 1, s. 58 i n.

34 Aczkolwiek uznajemy go za organ władzy sądowniczej.

35 Z jednym wskazanym już wyjątkiem: rozpoznawania sprawy z zakresu sprzeczności działań partii politycznej z konstytucją (uwaga nie dotyczy już kontroli celów działalności partii z konstytucją).

36 Chodzi oczywiście o tzw. „postanowienia sygnalizacyjne”, których wydanie jest skądinąd w określonych okolicznościach przedmiotem obowiązku Trybunału.

Trybunał Konstytucyjny jest organem kadencyjnym, składa się z 15 sędziów, których kadencja – liczona dla każdego z osobna – trwa 9 lat. Indywidualnego wyboru sędziów, spośród kandydatów przedstawianych przez grupę co najmniej 50 posłów albo Prezydium Sejmu, dokonuje Sejm. Dla podjęcia uchwały o wyborze danej osoby na sędziego TK konieczna jest bezwzględna większość głosów przy

bitnie polityczny, z założenia reprezentujący bieżącą większość sejmową (właśnie skutki tych okoliczności ma łagodzić stosunkowo długa – z konieczności matematycznej obejmująca co najmniej 3 zmiany parlamentarne – kadencja sędziów TK).

Natomiast wysokie wymagania merytoryczne co do kandydatów są charakterystyczne dla wymogów dotyczących sędziów. Sędziowie Trybunału Konstytucyjnego w sprawowaniu swego urzędu są niezawisli i podlegają tylko konstytucji. Podleganie jedynie konstytucji odróżnia sędziów TK od sędziów, którzy podlegają konstytucji oraz ustawom. Zagadnienie podlegania konstytucji przedstawia się przy tym jako wyjątkowo istotne, coraz większego znaczenia nabiera bowiem stosunek prawa międzynarodowego i ponadnarodowego do konstytucji. Wraz z postępowaniem procesów integracyjnych znaczenie tego zwrotu („podlegają konstytucji”) co najmniej ewoluuje. Nie od rzeczy przy tym dodać, że z konieczności pojęciowej, pociąga to za sobą ewolucję rozumienia konstytucji jako takiej.



Trybunał nie mieści się w klasycznym trójkrozdziale władzy.

quorum wynoszącym co najmniej połowę ogólnej liczby posłów³⁸. Same te okoliczności powodują, że sędzia TK jest sędzią w innym rozumieniu niż prymarnie: po pierwsze kadencyjnym, więc w jakimś sensie usuwalnym (aczkolwiek osobiste skutki utraty urzędu łagodzi przejście, niezależnie od jakichkolwiek innych okoliczności niż sam upływ kadencji, w stan spoczynku); po wtóre obsada urzędu następuje w drodze decyzji politycznej, z założenia w formie demokratycznej (wybór), przez organ wy-

tucznygo w sprawowaniu swego urzędu są niezawisli i podlegają tylko konstytucji. Podleganie jedynie konstytucji odróżnia sędziów TK od sędziów, którzy podlegają konstytucji oraz ustawom. Zagadnienie podlegania konstytucji przedstawia się przy tym jako wyjątkowo istotne, coraz większego znaczenia nabiera bowiem stosunek prawa międzynarodowego i ponadnarodowego do konstytucji. Wraz z postępowaniem procesów integracyjnych znaczenie tego zwrotu („podlegają konstytucji”) co najmniej ewoluuje. Nie od rzeczy przy tym dodać, że z konieczności pojęciowej, pociąga to za sobą ewolucję rozumienia konstytucji jako takiej.

Konstytucyjnymi gwarancjami niezawisłości sędziego Trybunału Konstytucyjnego są przede wszystkim zakaz wybierania sędziego na kolejną kadencję oraz zakaz usunięcia ze stanowiska w trakcie kadencji. Wygaśnięcie mandatu sędziego może nastąpić jedynie wskutek: 1) zrzeczenia się urzędu; 2) stwierdzenia orzeczeniem komisji lekarskiej trwałej niezdolności do pełnienia obowiązków sędziego z powodu choroby, ułomności lub upadku sił; 3) skazania prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo; 4) skazania na usunięcie ze stanowiska sędziego przez sąd dyscyplinarny. Przy czym samo stwierdzenie wygaśnięcia mandatu dokonywane jest uchwałą Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału³⁹. Żaden zatem inny organ, również sąd karny, nie

3. Sędziowie Trybunału Konstytucyjnego w okresie zajmowania stanowiska nie mogą należeć do partii politycznej, związku zawodowego ani prowadzić działalności publicznej nie dającej się pogodzić z zasadami niezależności sądów i niezawisłości sędziów.

Art. 196. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego nie może być, bez uprzedniej zgody Trybunału Konstytucyjnego, pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności. Sędzia nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa, jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się Prezesa Trybunału Konstytucyjnego, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego.

Art. 197. Organizację Trybunału Konstytucyjnego oraz tryb postępowania przed Trybunałem określa ustawa.

Dla celów porządkowych przypomnijmy, że obecnie ustawą, o której stanowi ostatni z powołanych przepisów konstytucyjnych, jest ustawa czerwcowa z 2015 r.

38 Art. 17 ust. 2 ustawy czerwcowej z 2015 r.

39 Do 30 sierpnia 2015 r. art. 11 ust. 3 ustawy wyjściowej z 1997 r.

posiada kompetencji do złożenia sędziego TK z urzędu. Zapewne szczególne znaczenie ma tu nieprzyznanie takiej kompetencji Sejmowi, co – przynajmniej w jakiejś mierze – niezależnia już wybranego sędziego od kolejnych politycznych rozstrzygnięć związanych z wykonywaniem obowiązków.

W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny podjął zagadnienie niezawisłości sędziowskiej⁴⁰, ze względu na konieczne ograniczenia objętości niniejszego tekstu nie będziemy zagadnienia tego szczegółowej omawiać⁴¹. Dość stwierdzić, że – również w rozumieniu TK – niezawisłość sędziowska jest w tym sensie powszechna, że dotyczy cech konstytucyjnych sędziego.

Relacje między władzą sądowniczą a pozostałymi muszą opierać się na zasadzie „separacji”⁴². W tym

sensie koniecznym elementem zasady podziału (lepiej by jednak chyba było: rozdziału) władzy są niezależność sądów i – właśnie – niezawisłość sędziów. Skądinąd Trybunał dookreślał, że niezawisłość sędziowska to nie tylko uprawnienie sędziego, ale także – jego podstawowy obowiązek. Tak samo jak konstytucyjnym obowiązkiem ustawodawcy i organów administracji sądowej jest ochrona niezawisłości sędziego, tak i powinnością sędziego jest tę niezawisłość urzeczywistniać w praktyce swego orzekania. Ze względu na zaszczoły historyczne – Rzeczpospolita przejęła w całości po Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej aparat sędziowski, który skądinąd wykształcił i obsadził na stanowiskach sędziowskich swoich następców – zagadnienie to ma w Polsce, ale pewno i w innych państwach postkomunistycznych szczególne znaczenie. Stąd, zdaniem samego Trybunału, jeżeli demokratycznie legitymowany ustawodawca uznaje, że pozostały jeszcze niezłałatwione sytuacje z przeszłości, to dla wyjaśnienia tych sytuacji i dla ewentualnego wyciągnięcia niezbędnych sankcji może on ustanowić nadzwyczajne procedury odpowiedzialności sędziego, które nie byłyby dopuszczalne w odniesieniu do czasów dzisiejszych⁴³. Problem w tym, że regulacje takie nigdy konsekwentnie nie były wprowadzone.

W przypadku Trybunału Konstytucyjnego nie jest mi wiadomo, aby toczyło się przeciwko sędziemu postępowanie dyscyplinarne, natomiast znany jest fakt rezygnacji sędziego z pełnienia funkcji w warunkach zaistnienia przesłanek takiego postępowania. Czy istotnie sama obawa przed efektywnością takiego postępowania zmusiła owego sędziego do rezygnacji, to okoliczność, której ustalenie przekracza możliwości badawcze teoretyka prawa. Stwierdzić jednak można, że samo istnienie sądownictwa dyscyplinarnego sędziów stanowi również instytucjonalną gwarancję ich niezawisłości. Z jednej strony zapewnia im niezależność od innych organów, z drugiej zapewnia, że nie pozostaną bezkarni⁴⁴.

40Przed wszystkim w wyrokach: z dnia 24 czerwca 1998 r., K 3/98, OTK 1998/4/52, glosa aprobowująca: B. Banaszak i K. Wygoda, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 6, s. 163, oraz z dnia 14 kwietnia 1999 r., K 8/99, OTK 1999/3/41, glosa aprobowująca: P. Sarnecki, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 6, s. 196. Zauważyć przy tym trzeba, że wyroki te kontynuują linię orzecniczą wypracowaną przed wejściem Konstytucji RP w życie, w szczególności w orzeczeniu z dnia 9 listopada 1993 r., K 11/93, OTK 1993/2/37, glosa aprobowująca: K. Buchała, „Państwo i Prawo” 1994, nr 5, s. 106.

41Aczkolwiek pojęcie niezawisłości sędziowskiej zostało użyte w Konstytucji RP z 1997 r. bez bliższego zdefiniowania, to jednak istnieją dobre racje, aby uznać, że ustawodawca posłużył się tu tzw. terminem zastanym (na temat pojęcia „termin zastany” oraz zasad wykładni konstytucji zob. S. Rozmaryn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL*, Warszawa 1961, szczególnie s. 254 i n.), którego znaczenie uformowało się jeszcze w Polsce międzywojennej i które obecnie znajduje potwierdzenie w licznych dokumentach międzynarodowych. Jak wskazuje się w polskiej doktrynie, niezawisłość obejmuje szereg elementów, to zaś 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania, 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych, 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych, 4) niezależność od wpływu czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych, 5) wewnętrzna niezależność sędziego (wylczenie za: Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1997 nr 11–12, s. 99–100).

42Orzeczenie TK z dnia 21 listopada 1994 r., K. 6/94, OTK 1994/2/39, glosy: C. Kosikowski, „Państwo i Prawo” 1995,

nr 6, s. 96; P. Kucharski, tamże, s. 100; A. Pułko, „Przegląd Sejmowy” 1995, nr 1, s. 268.

43Wyrok TK z dnia 24 czerwca 1998 r., K 3/98, OTK 1998/4/52.

44Oczywiście uwaga powyższa dotyczy instytucji, nie zaś jej realnego funkcjonowania, można wszak przedstawić sobie

W moim rozumieniu niezmiernie ważną gwarancją niezawisłości sędziowskiej jest zapewnienie sędziemu nie tylko odpowiedniego statusu materialnego w trakcie wykonywania obowiązków, ale także po ich ustaniu⁴⁵. Sędziowie są zwolnieni z obowiązku posiadania żelaznego hartu ducha. Temu też – w moim mniemaniu – służy instytucja wyłączenia sędziego.



Sędziowie są zwolnieni z obowiązku posiadania żelaznego hartu ducha. Temu też – w moim mniemaniu – służy instytucja wyłączenia sędziego.

Trybunał Konstytucyjny, podobnie jak inne najwyższe organy konstytucyjne, posiada określoną autonomię względem wszystkich innych organów. Już w latach 60. wskazywano na funkcjonalną współzależność, ale i niepołączalność konstrukcji niezawisłości sędziowskiej i niezależności sądów. Wskazywano, że o ile pierwsza dotyczy niejako otoczki społecznej, w tym instytucjonalnej sędziego, o tyle w drugim przypadku chodzi o tego typu rozwiązania organizacyjne i funkcjonalne, aby zapewnić niezależność sądów, co zakłada przede wszystkim od-

dzielenie sądów od organów innych władz, tak aby zapewnić sądom pełną samodzielność w zakresie rozpoznawania spraw i orzekania. Z kolei niezawisłość sędziowska oznacza, że sędzia w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości podlega normie prawnej i własnemu wewnętrznemu przekonaniu⁴⁶. Samodzielność Trybunału Konstytucyjnego wyraża się przede wszystkim w uchwalaniu – bez jakiegokolwiek

ingerencji innego organu – regulaminu określającego wewnętrzny tok postępowania oraz uchwalaniu statutu określającego wewnętrzną organizację Biura TK. Także, jak już wyżej wzmiankowano, wygaśnięcie mandatu sędziego musi być stwierdzone uchwałą Trybunału. Zaś odpowiedzialność dyscyplinarną sędziowie ponoszą tylko przed Trybunałem.

Trybunał posiada też pewną niezależność w zakresie finansowania swojej działalności: projekt budżetu Trybunału jest przedstawiany parlamentowi w wersji złożonej przez Prezesa Trybunału.

Również organy wewnętrzne Trybunału, Prezes i Wiceprezes Trybunału, są powoływani przez Prezydenta Rzeczypospolitej spośród kandydatów przedstawionych na każde z tych stanowisk przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału. W tym sensie również w tym zakresie Trybunał posiada określoną samodzielność.

Zapewne te wszystkie instytucjonalne gwarancje nie znoszą samej możliwości ingerencji innych organów w działalność Trybunału Konstytucyjnego, ale w jakimś stopniu możliwość taką ograniczają, co nie znaczy, że znoszą wpływ aktualnej większości parlamentarnej i egzekutywy na bieżącą działalność Trybunału. Aczkolwiek jest rzeczą oczywistą,

i taką sytuację, że racjonalnie pomyślana i ukształtowana instytucja – funkcjonuje patologicznie.

45 Art. 33 oraz art. 37 ustawy czerwcowej z 2015 r., które dla wygody czytelnika zacytujmy *in extenso*:

„Art. 33 ust. 1. Wynagrodzenie zasadnicze sędziego Trybunału stanowi wielokrotność podstawy ustalenia tego wynagrodzenia, z zastosowaniem mnożnika 5,0”.

2. Podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego sędziego Trybunału w danym roku stanowi przeciętne wynagrodzenie w drugim kwartale roku poprzedniego, ogłaszane w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 748)”.

„Art. 37. Sędzia Trybunału po zakończeniu kadencji przechodzi w stan spoczynku”.

46 S. Włodyka, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1968, s. 72.

że to aktualna większość parlamentarna decyduje o obsadzie poszczególnych stanowisk sędziów TK i – jak na to wskazuje dotychczasowe doświadczenie – większość ta kieruje się własną wewnętrzną logiką, która zapewne z jakimkolwiek pojmowaniem dobra wspólnego może się nader rozmijać. Stwarza to określone zagrożenia, ale z drugiej strony trudno przedstawić sobie taką regułę obsadzania substratu osobowego Trybunału Konstytucyjnego, która by posiadała mniej wad⁴⁷. Nie od rzeczy jest bowiem zaznaczyć okoliczność, że prace parlamentarne posiadają tę pozytywną w tym przypadku własność, że przynajmniej są jawne.

III. Przepisy przejściowe

Kiedy mówimy o prawie intertemporalnym, mamy na myśli zawsze albo jakąś problematykę prawną odnoszącą się do szeroko rozumianych sytuacji prawnych, gdy nastąpiła zmiana prawa, albo jakoś uprzedmiotowiony zbiór rozstrzygnięć zagadnienia, który zespół przepisów – „starych” czy „nowych” (ściślej: wyrażen normokształtnych) – należy stosować, gdy ze względu na obowiązywanie określonych norm powstały sytuacje prawne jakichś podmiotów i w czasie, gdy sytuacje te trwają (wywołują skutki), następuje zmiana prawa.

Dla uniknięcia nieporozumień zauważmy jednak, że problematyka związana z wprowadzaniem nowej ustawy w życie w sposób powodujący jak najmniejsze perturbacje dla porządku prawnego jest znacznie bogatsza niż sama problematyka intertemporalna. Można ją ująć⁴⁸ w pięć grup zagadnień, które skądinąd powinien rozstrzygnąć w przepisach przejściowych sam prawodawca faktyczny⁴⁹.

47 W szczególności nie przedstawia się jako społecznie uzasadnione, a wprost jako niekonstytucyjne, rozwiązanie, gdzie korporacje prawnicze i wydziały prawa uzyskiwałyby szczególnie wpływ na obsadę stanowisk sędziowskich. Korporacjonizm jest skądinąd jedną z największych bolączek społecznych współczesnej Polski. Egoistyczne grupy biorą udział w walce o dobro, którego bynajmniej nie pojmują jako wspólne.

48 Posiłkując się zaleceniami polskich zasad techniki prawodawczej.

49 § 30 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”

W przepisach przejściowych rozstrzyga się w szczególności:

- 1) sposób zakończenia postępowań będących w toku (wszczętych w czasie obowiązywania dotychczasowych przepisów i niezakończonych ostatecznie do dnia ich uchylecia), skuteczność dokonanych czynności procesowych oraz organy właściwe do zakończenia postępowania i terminy przekazania im spraw;
- 2) czy i w jakim zakresie utrzymuje się czasowo w mocy instytucje prawne zniesione przez nowe przepisy;
- 3) czy zachowuje się uprawnienia i obowiązki oraz kompetencje powstałe w czasie obowiązywania uchylanych albo wcześniej uchylonych przepisów, oraz czy skuteczne są czynności dokonane w czasie obowiązywania tych przepisów; sprawy te reguluje się tylko w przypadku, gdy nie chce się zachować powstałych uprawnień, obowiązków lub kompetencji albo chce się je zmienić, albo też gdy chce się uznać dokonane czynności za bezskuteczne;
- 4) czy i w jakim zakresie stosuje się nowe przepisy do uprawnień i obowiązków oraz do czynności, o których mowa w pkt 3;
- 5) czy i w jakim zakresie utrzymuje się w mocy przepisy wykonawcze wydane na podstawie dotychczasowych przepisów upoważniających.

Powszechnie uznaje się, że zasady techniki prawodawczej korespondują z dyrektywami wykładni, zakładając pewien sposób interpretacji tekstu prawnego. Zdaje się zatem, że stwarzają wyjątkowo dogodną podstawę dla wielu prawniczych rozważań, w tym i nad zagadnieniami przejściowymi. Można również utrzymywać, że nawet odtwarzają siatkę pojęciową współczesnego im prawoznawstwa⁵⁰. Zawsze jednak zasady te stosują się do konkretnego systemu, obowiązującego w określonym czasie – nie teoretycznych problemów prawa intertemporalnego, lecz praktycznego rozstrzygania kwestii dotyczących redagowania przepisów, które problemy te mają rozstrzygać. W tym sensie zasady techniki

(Dz.U. nr 100, poz. 908, z późn. zm.).

50 Aczkolwiek zachodzi tu sprzężenie zwrotne.

prawodawczej są przygodne⁵¹, zawsze ukierunkowane na czynności stanowienia i to w danym systemie prawa. Krótko mówiąc, przenoszą refleksję z opisu systemu prawnego – na refleksję, jak prawidłowo redagować akty będące przedmiotem stanowienia. A to oczywiście nie to samo. Jednakże zasady techniki prawodawczej mogą być istotne z punktu widzenia szczególnego przedmiotu refleksji teoretycznej, mianowicie dotyczącej ograniczeń kompetencyjnych co do stanowienia prawa. Zatem stanowią podstawę odtworzenia niektórych zasad składowych zasady państwa prawnego, konkretnie zasad prawidłowej legislacji.

Z punktu widzenia teoretycznego dla badania interesującej nas problematyki wydaje się zatem nie tyle dogodne, co bardziej uzasadnione – odwołanie się do sytuacji prawnych określonych podmiotów. W ten sposób nie przesądza się samo przez się, że wyznaczane są one przepisami prawnymi czy – rzecz ujmując łagodniej – wyłącznie przepisami prawnymi. A to istotne jest nie tylko dla uwzględnienia, że kwestie przejściowe występują zarówno na gruncie systemów prawa stanowionego, jak i faktu, że również w polskim systemie prawnym przepisy prawa nie są bynajmniej jedynym źródłem prawa.

Zauważmy, że problematyka intertemporalna nie wyczerpuje całości zagadnień związanych z wprowadzaniem nowego prawa w życie i jego wpływem na sytuacje zastane. Problematykę tę całościowo ujmuje właśnie tzw. prawo przejściowe (*sensu largo*)⁵².

Aczkolwiek dostrzeżenie problematyki przejściowej, w tym intertemporalnej, niekoniecznie wyma-

ga odwołania się do kategorii retroaktywności prawa (to wszak jego własność przygodna), to jednak istotnie, gdyby nie kulturowo ukształtowane pojmowanie paremii *lex retro non agit*, obraz problematyki intertemporalnej, szczególnie rozstrzygnięć intertemporalnych, przedstawiałby się zasadniczo odmiennie. Jednak owe funkcjonalne, psychologiczne i historyczne związki między problematyką retroaktywności prawa a problematyką intertemporalną nie pozwalają na traktowanie prawa retroaktywnego jako postaci prawa intertemporalnego, a zasady *lex retro non agit* jako jednej z zasad prawa intertemporalnego ujmowanego w sposób przedmiotowy, jako zbiór rozstrzygnięć problemów intertemporalnych. Nie pozwalają na to oczywiście różnice kategoryjne⁵³. Aby je stwierdzić, wystar-

Prawo intertemporalne – traktowane jako zbiór rozstrzygnięć, co do tego, które prawo (bliżej scharakteryzowane poniżej) wyznacza sytuacje z jakoś pojętym elementem dawnym.

Wreszcie prawo dostosowawcze, którego sensem jest dostosowanie instytucji prawnych do wymagań nowej ustawy. Częstokroć jako prawo dostosowawcze postrzega się jednak również regulacje, które umożliwiają podmiotom prawa podjęcie decyzji o dostosowaniu swoich sytuacji prawnych – powstałych przed wejściem nowego prawa – do reguł nowego prawa lub ich zakończenie. Rzecz biorąc ściśle, jest to jednak rodzaj regulacji przejściowych, stąd zwykle okres ich obowiązywania jest wyraźnie określony, a w swoim językowym wymiarze stanowią one po prostu modyfikację norm prawa nowego. Mylenie tych zagadnień oparte jest na splatanii ze sobą znaczeń słowa „dostosowywać” w różnych rodzajowo sytuacjach. Podobnie często splata się ze sobą zagadnienia dostosowawcze z intertemporalnymi. Tu z kolei prawdopodobnie, poza związkami funkcjonalnymi, największe znaczenie odgrywa fakt, że regulacje intertemporalne i dostosowawcze często zawarte są w tych samych przepisach, a przepisy traktuje się jako jedyne (główne) źródło prawa, nie uwzględniając roli dyrektyw interpretacyjnych oraz walidacyjnych.

⁵³ Co nie oznacza, że nie traktowano tak problemu w przeszłości, przykładowo F. Affolter, *Das intertemporale Recht: Das intertemporale Privatrecht*, t. 1, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, t. 2, *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts*, Leipzig 1903; G.E. Cotter, *The Constitutionality of Retroactive Legislation, the Portal-to-Portal Act of 1947*, „Virginia Law Review” 1948, vol. 34, nr 1, s. 26 i n.; C. Arndt, *Zur Gültigkeit rückwirkende Gesetze*, „Deutsches

51 Brak również podstaw do utrzymywania sądu o jakiegokolwiek konieczności ich treści.

52 Mówiąc o prawie przejściowym (jak jest ujmowane w powołanym przepisie zasad techniki prawodawczej), ma się na myśli trzy różne pojęciowo zespoły rozstrzygnięć prawnych. Prawo przejściowe *sensu stricto*, prawo intertemporalne i prawo dostosowawcze.

Prawo przejściowe traktowane tu jest jako zbiór norm ustanowionych na jakoś określony okres przejściowy (byłoby to zatem prawo przejściowe *sensu stricto*, w przeciwieństwie do prawa przejściowego *sensu largo*, które – w tej aparaturze pojęciowej – jest nazwą nadzbioru – względem zbioru określanego mianem prawa przejściowego *sensu stricto*).

czy zdroworozsądkowy test: z faktu, że zakazane jest prawu nadawać w jakimś bliżej precyzowanym sensie treść retroaktywną, bynajmniej nie wynika odpowiedź na pytanie, które prawo (ściślej zbiór przepisów sprzed wejścia nowej regulacji w życie – „prawo stare” – czy przepisów wchodzących w życie – „prawo nowe”) wyznacza sytuacje prawne powstałe i w jakimś sensie trwające w chwili wejścia w życie „nowego prawa”.

Niejednokrotnie posłużyliśmy się zwrotami „prawo stare”, „prawo nowe”. Są to terminy w znacznej mierze intuicyjne i ze względu na wartości komunikacyjne wydaje się, że zbyt daleko idące ich regulowanie nie jest konieczne.

Zaznamy jedynie, że zwroty „prawo stare” i „prawo nowe” mają charakter techniczny⁵⁴. Denotują w istocie nie zbiory norm, lecz zbiory „tworzywa norm”, w przypadku polskiego systemu prawnego – przede wszystkim przepisy prawne⁵⁵.

Verwaltungsblatt” 1958, s. 120 i n.; A. Frohnmayer, *Die Schranken des zeitlichen Geltungsbereiches der Gesetze im französischen Verfassungsrecht, insbesondere die Frage der Zulässigkeit rückwirkender Gesetze im französischen Recht*, Tübingen 1955; G. Kisker, *Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*, Tübingen 1963; D. Wigand, *Rückwirkung von Gesetzen im Sozialversicherungs Recht*, Würzburg 1960; a nawet współcześnie T. Pietrzykowski, *Podstawy prawa intertemporalnego. Zmiany przepisów a problemy stosowania prawa*, Warszawa 2011, passim.

54 Zwroty „prawo nowe”, „prawo stare” jako terminy techniczne są zgodne z wszystkimi 14 zasadami terminologicznymi, które wskazuje M. Mazur, *Terminologia techniczna*, Warszawa 1961.

55 Przez „prawo stare” rozumie się prawo obowiązujące przed wejściem w życie „prawa nowego”. Co istotne, prawem starym jest każde prawo zastane przed prawem nowym. Równie istotne jest to, że przez samo posłużenie się tym terminem nie determinujemy charakterystyki źródeł prawa starego. Termin ten jest zatem operatywny, gdyż umożliwia rozpatrywanie tak złożonych zagadnień jak zmiany w systemie prawnym niebędące wynikiem stanowienia (przepisów prawnych lub precedensów) i nie ogranicza ich do prawa obowiązującego bezpośrednio przed wejściem w życie prawa nowego. Użyteczne jest to szczególnie przy posługiwaniu się zasadą *lex mitior retro agit*, czy polskimi zasadami intertemporalnymi, co do stosowania prawa z momentu otwarcia spadku.

Prawo nowe to prawo o treści po zmianie prawa. Zatem z punktu widzenia jakkolwiek pojętego prawa starego każde następne prawo o zmienionej treści jest prawem nowym⁵⁶.

Zauważmy, że relacja prawa nowego względem sytuacji prawnych powstałych przed jego wejściem w życie może być różna.

Po pierwsze, może ono owe sytuacje traktowane jako trwające modyfikować, które to modyfikacje mogą polegać na:

- a) modyfikacji zakresu zastosowania norm odtwarzanych w zasadzie z przepisów prawa starego – zasada dalszego stosowania prawa starego;
- b) odtwarzaniu norm wyznaczanych daną sytuacją traktowaną jako istotowo tożsamą z przepisów prawa nowego (w tym konkretnym przypadku zdarzyć się może i tak, że żadne obowiązki podmiotów w nią wklętych nie ulegają przekształceniu; w istocie zatem następowaliby jedynie swoiste jej „przenazwanie” poprzez odniesienie do nowo stanowionych przepisów) – zasada bezpośredniego działania prawa nowego (nazywana też retrospektywnością prawa).

Po wtóre, może je znosić (co najczęściej przybiera postać uchylenia norm prawnych wyznaczających dane sytuacje prawne poprzez uchylenie przepisów, z których są one odtwarzane).

Po trzecie, może ze zdarzeniami sprzed swego wejścia w życie wiązać inne konsekwencje prawne, niż to miało miejsce w czasie, gdy zaszły. Wówczas mówilibyśmy o retroaktywności prawa.

Zauważmy użyteczność uprzednio skonstruowanej aparatury, gdzie prawo nowe obejmowało wszystkie kategorie prawa wchodzącego w życie po

56 Nie jest zatem niedorzeczne, a skądinąd zgodne z zasadą produktywności posługiwanie się terminami „prawo nowe”, „prawo nowsze”, „prawo najnowsze” czy „prawo stare”, „prawo starsze”, „prawo najstarsze”. Jest to o tyle użyteczne, że brane technicznie rozstrzygnięcia intertemporalne mogą wskazywać różne, niekoniecznie bezpośrednio starsze czy nowsze prawa (najczęściej będzie to wskazanie określonego zespołu przepisów). Szczególnie istotne jest to dla uchwycenia zagadnienia retroaktywności prawa.

zmianie prawa starego: nowe, nowsze i najnowsze. Prawem retroaktywnym bynajmniej nie musi być prawo, z którego odtwarzamy normy prawne dla sytuacji prawnych powstających w chwili, gdy rozpatrujemy określone zagadnienie – zatem z punktu widzenia określenia przedmiotu naszych rozważań prawo najnowsze – a inne z praw następujących po zmianie prawa stanowiącego punkt odniesienia. Całkiem dobrze można sobie przedstawić np. sytuację, gdy prawo nowe statuuje czyn C nakazujący podmiotowi P sankcjonowanie przekroczenia przez podmioty rodzaju Rp normy N, prawo zaś starsze znosiło nakaz sankcjonowania przekroczeń normy N, a prawo najstarsze, za rządów którego doszło do popełnienia czynu polegającego na przekroczeniu normy N nakazywało – jak i nowe – karalność danego typu czynu i to karą dokładnie taką samą. W takim przypadku na podstawie statuowanej prawem nowym zasady *lex mitior retro agit* należałoby zastosować do sytuacji przekroczenia normy N bynajmniej nie owo prawo, ale jedno z praw starych: owo starsze.

I w tym również sensie zasada *lex retro non agit* bynajmniej nie jest zasadą intertemporalną. Nie rozstrzyga bowiem zagadnienia, które z praw znajduje zastosowanie do sytuacji z elementem dawnym. Retroaktywność okazuje się bowiem własnością normy, co bynajmniej samo przez się, jak unaocznia podany przykład, nie oznacza, że jest ona cechą prawa, na podstawie którego rozstrzyga się problem intertemporalny; owszem, może ona być cechą prawa starego. Dla porządku zauważmy, że problem intertemporalny rozstrzygany jest zawsze prawem nowym, co sprowadza się do wskazania jego rozstrzygnięciem jako relewantnych dla wykładni przepisów prawa starego albo nowego, a nie prawa o określonej własności, właśnie nieretroaktywnego.

Problem intertemporalny powstaje zawsze w przypadku zmiany prawa w chwili zajścia zmiany, gdy istnieją jakiekolwiek sytuacje prawne powstałe na gruncie prawa dawnego. Takie doprecyzowanie określenia problemu intertemporalnego jest potrzebne o tyle, że problem ten powstaje nie tylko na skutek stanowienia prawa (obojętne, przepisów prawnych czy reguł precedensowych), ale i bez przekształceń w wytworach stanowienia.

W tym drugim przypadku zagadnienie sprowadza się do tak czy inaczej pojmowanej wykładni prawa.

Należy także stwierdzić, że problem intertemporalny jest rozstrzygalny na gruncie wykładni prawa, ale też współcześnie najczęściej rozstrzygany wytworem aktu stanowienia, w warunkach zaś polskich – przepisem prawnym, który można by nazwać regulacją intertemporalną, stąd najczęściej poprzez wykładnię z uwzględnieniem owych przepisów.

Problem ten staje jako pytanie o prawidłową wykładnię prawa przed organem stosującym prawo czy adresatem norm prawnych, który chce rozróżnić swoją sytuację po zmianie prawa, ale również przed uczonym prawa prowadzącym wykładnię zmieniającego się prawa. Wszystkie te podmioty poszukują jego rozstrzygnięcia zawsze w obowiązującym na jakiś historyczny moment prawie.

Przed organem stanowiącym prawo problem ten staje jako pytanie o dokonanie jego rozstrzygnięcia poprzez stanowienie regulacji intertemporalnej. Zauważyć przy tym wypada, że samo stanowienie prawa, poza aktem suwerennego stanowienia konstytucji, traktować można jako szczególny rodzaj stosowania prawa⁵⁷. Zatem wyznaczane jest obowiązującymi normami prawnymi. Uważa się, że obowiązkiem prawodawcy faktycznego jest identyfikacja problemu intertemporalnego i jego rozstrzygnięcie, poprzez stanowienie przepisów przejściowych. Z punktu widzenia prawodawcy rozstrzygnięcie problemu, które z „praw” ma wyznaczać sytuację prawną podmiotu znajdującego się w sytuacji prawnej z elementem dawnym, przedstawia się zatem o tyle prosto, że dokonując identyfikacji tego rodzaju sytuacji, prawodawca podejmuje decyzję o rozstrzygnięciu zagadnienia, które z „praw” sytuację ową wyznacza, ustanowieniu upoważnienia dla podmiotu interesowanego dokonaniem tego rozstrzygnięcia, względnie o pozostawieniu rozstrzygnięcia kulturze prawnej. W tym trzecim przypadku dla stosującego prawo niejednokrotnie powstają znaczne trudności już w toku

57 O swoistej konwencjonalności podziału na stosowanie prawa i stanowienie prawa patrz Z. Ziemiński, *Podstawowe problemy prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 418 i n.

ustalania aktualnego tekstu prawnego dla potrzeb dokonania wykładni prawa. Skądinąd ustabilizowane i praktycznie jednomyślne rozstrzygnięcia kultury prawnej w zakresie problematyki intertemporalnej są raczej wyjątkiem niż zasadą.

Podmiot dokonujący wykładni zmierza do ustalenia rozstrzygnięcia problemu intertemporalnego, prawodawca faktyczny rozstrzygnięcie wydaje.

Na koniec zauważmy, że problem intertemporalny, jak każdy realny problem prawny, jest rozstrzy-

wynosi 30 dni od dnia wejścia w życie ustawy⁵⁹. Przepis końcowy owej ustawy stanowi: „Ustawa wchodzi w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem art. 108 ust. 3, który wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2016 r.”, zaś Dziennik Ustaw, w którym się ukazała, nosi datę 30 lipca 2015 r.

Czy ten przepis jest w ogóle przepisem przejściowym? Może nawet intertemporalnym? Otóż nie potrafiliśmy wskazać żadnego rzeczowego argumen-



Reguły obsadzania substratu osobowego Trybunału Konstytucyjnego należy określić mianem „wyboru”. Wybory zaś służą rozmaitym koalicjom.

galny na gruncie danego systemu prawnego, niezależnie od tego, czy jakaś regulacja intertemporalna została ustanowiona, czy nie. Niemniej w naszej kulturze prawnej, wobec niewykształcenia się bezspornych reguł wykładni, a nawet wystarczająco stabilnej doktryny, funkcjonalnym obowiązkiem prawodawcy faktycznego jest wydawanie stosownych przepisów prawnych w przedmiotowym zakresie.

IV. Aplikacja

W wyżej zarysowanym kontekście może warto sobie postawić pytanie o sens przepisu w następującym brzmieniu: „W przypadku sędziów Trybunału, których kadencja upływa w roku 2015, termin na złożenie wniosku, o którym mowa w art. 19 ust. 2⁵⁸,

tu, który pozwalałby na tego typu kwalifikację. Zamieszczenie go w określonym miejscu ustawy, zatytułowanym „Rozdział 13. Przepisy przejściowe i dostosowujące” – powiem wprost – uważam za mylenie śladów przez prawodawcę faktycznego. Sensem tego przepisu nie jest bowiem rozstrzygnięcie jakiegokolwiek zagadnienia przejściowego, tym bardziej w odniesieniu do sytuacji z elementem dawnym, bo reguluje on kompetencje Sejmu tylko na przyszłość (jeśli odnieść do całości ustawy, bo art. 19 ust. 2, który pozostaje w związku funkcjonalnym z tym przepisem dopiero ową przejściowość tworzy! I temu zresztą tylko służy). Konkretnie: modyfikuje reguły obsadzania substratu osobowego Trybunału Konstytucyjnego, i to w ten sposób, że

58 Dla wygody czytelnika przytaczam cały art. 19 ustawy czerwcowej z 2015 r.:

„Art. 19.1. Prawo zgłaszania kandydata na sędziego Trybunału przysługuje Prezydium Sejmu oraz grupie co najmniej 50 posłów.

2. Wniosek w sprawie zgłoszenia kandydata na sędziego Trybunału składa się do Marszałka Sejmu nie później niż 3 miesiące przed dniem upływu kadencji sędziego Trybunału.

3. W przypadku wygaśnięcia mandatu sędziego Trybunału przed upływem kadencji, termin na złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 2, wynosi 21 dni.

4. Organ właściwy na podstawie regulaminu Sejmu wyraża opinię w sprawie wniosku, o którym mowa w ust. 2.

5. Szczegółowe wymogi dotyczące wniosku oraz tryb postępowania z wnioskiem określa regulamin Sejmu”.

59 Art. 137 ustawy czerwcowej z 2015 r.

uchwalający ów przepis Sejm uzyskuje możliwość wyboru nie trzech (inna rzecz, czy możliwość owa przy zmienianych regułach była realna – to jednak zagadnienie nie prawne, lecz faktyczne), ale pię-

Które? Przede wszystkim demokracji oraz państwa prawnego, to jednak rzecz w stosunku do przedmiotu niniejszego opracowania incydentalna. Teoria prawa powinna przede wszystkim dawać od-



Skąd w ogóle przeświadczenie o podstawności wniosku, że nawet „opanowany” Trybunał będzie dyspozycyjny wobec określonej siły politycznej, a nie Konstytucji i Narodu?

ciu sędziów Trybunału Konstytucyjnego. Podkreślimy, jeśli umknęłoby to uwadze czytelnika, że reguły obsadzania substratu osobowego Trybunału Konstytucyjnego należy określić mianem „wyboru”. Wybory zaś służą rozmaitym koalicjom. Pięć miejsc mandatowych to o dwa więcej do przedwyborczych negocjacji, a ponadto kandydatów na owe dwa miejsca wskazali: jednego – koalicjant, drugiego – „konstruktywna” w stosunku do rządzących opozycja. Nie jest przy tym istotne – z naszego *stricte* jurydycznego punktu widzenia – czy owe negocjacje miały, czy nie miały miejsca. Nie jest przy tym istotne, czy tak było w konkretnym przypadku stosowania owego *stricte* kompetencyjnego przepisu, istotne jest, że tak ukształtowana reguła narusza podstawowe zasady konstytucyjne⁶⁰.

60 Zasadę owego naruszenia świetnie wyjaśnia przypominiana ostatnio przez M. Dybowskiego konstrukcja łącznego stanowienia norm Czesława Znamierowskiego (M. Dybowski, *Czesława Znamierowskiego koncepcja władzy jako łącznego stanowienia norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, nr 1, s. 43 i n.). W ujęciu M. Dybowskiego władza – jako łączne stanowienie norm – jest takim stosunkiem między A i B, że gdy B dokona czynności ustanowienia normy kompetencji normodawczej N(k) na rzecz A oraz zarazem A uczyni użytek z kompetencji normodawczej, wówczas A łącznie z B ustanowią zespół norm S (obejmujący co najmniej normy N(c) oraz N(a) i N(b)).

Koncepcja ta, po pierwsze, podważa ujęcie stanowienia jako wyłącznie czynności jednostronnej; po drugie, wyjaśnia

powiedzi na pytania o charakterze ogólnym, tak aby tego typu manipulacje, o ile nie stały się niemożliwe, to przynajmniej bardzo ryzykowne. Szczególnie, gdy próbuje się je przenosić na forum europejskie.

Ktoś mógłby spytać, jaki był cel wprowadzenia tej regulacji. Nie odpowiem na to pytanie, bo moim zdaniem nie jest to pytanie z zakresu prawoznawstwa. Jako prawnika dręczy mnie natomiast inna myśl: skąd w ogóle przeświadczenie o podstawności wniosku, że nawet „opanowany” Trybunał będzie dyspozycyjny wobec określonej siły politycz-

źródło konwencjonalności stanowienia; po trzecie, wprowadza do stanowienia uprawomocnienie; po czwarte, eliminuje z definicji stanowienia element represji. Nawet proste podstawienia pod modelową postać stanowienia łącznego ujawniają pewne właściwości władzy publicznej, które odpowiadają powszechnym intuicjom, zrodzonym na gruncie obowiązywania Konstytucji RP. Można na przykład uznać, że jeżeli suweren ustanowi normę kompetencji normodawczej dla ustawodawcy (zarazem ustrojodawcy), a ten przyjmie upoważnienie (przez uczynienie użytku z kompetencji), wówczas łącznie ustanowią pewien zespół norm. Ten rodzaj stanowienia łącznego jest genezą władzy publicznej, jako opartej na prawie, dając zarazem początek dalszym stanowieniom łącznym, w których organy władzy publicznej będą partnerami dla innych organów lub dla obywateli. Wątpliwa wydaje się natomiast trafność twierdzenia, że suweren dokonuje stanowienia łącznego norm z władzą wykonawczą czy z władzą sądowniczą, które to władze ustrojodawca kreuje, wyposażając w pewne „minimum wyłączności kompetencyjnej”.

nej, a nie Konstytucji i Narodu? Szczególnie jeżeli osoby będące jego członkami (prawidłowo obsadzone, co kończy się inwestyturą) wyposażone zostały w przymioty i gwarancje sędziowskie (stan spoczynku, instytucja wyłączenia, odpowiedzialność dyscyplinarna, niezawisłość, nadto podleganie wyłącznie konstytucji!), organ dokonuje czynności w procedurach maksymalnie zbliżonych do sądowych, a sam pozostaje w dalece idących relacjach niezależności od innych organów.

Doprawdy nie wiem.

Wniosek

Sprawy dojrzały nie tylko do poważnej dyskusji, ale i decyzji. Przy czym jako nieuchronne przedstawia się, że jeżeli ma z tego co społecznie dobrego wynikać, to musimy przejść na rzeczowe tory – konieczne będzie zmierzenie się na argumenty, a nie choćby najśluszniesze uchwały i choćby nawet najbardziej szczerze, ale zawsze obciążone ryzykiem złego ukierunkowania wyrazy oburzenia. Nauka prawa już teraz, korzystając z doświadczeń historycznych i przewidując zagrożenia przyszłe, powinna rozpocząć rzeczową dyskusję o realnych problemach prawnych dotyczących samych podstaw prawa.

Bibliografia

- Affolter F., *Das intertemporale Recht: Das intertemporale privatrecht*, t. 1, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, t. 2, *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*, Leipzig 1903.
- Arndt C., *Zur Gültigkeit rückwirkende Gesetze*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1958.
- Banaszak, B., Wygoda, K. *Glosa do wyroku TK z dnia 24 czerwca 1998 r.*, K 3/98, OTK 1998/4/52, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 6.
- Bator A., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 10.
- Buchała K. *Glosa do orzeczenia TK z dnia 9 listopada 1993 r.*, K 11/93, OTK 1993/2/37, „Państwo i Prawo” 1994, nr 5.
- Cotter G.E., *The Constitutionality of Retroactive Legislation, the Portal-to-Portal Act of 1947*, „Virginia Law Review” 1948, vol. 34, nr 1.
- Czeszejko-Sochacki Z., *Prawo do sądu w świetle Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1997 nr 11–12.
- Czeszejko-Sochacki Z., Garlicki L., Trzeciński J., *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999.
- Dybowski M., *Czesława Znamierowskiego koncepcja władzy jako łącznego stanowienia norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, nr 1.
- Dziadzio A., *Quis custodiet custodes ipsos? Trybunał Konstytucyjny jako (nie)obiektywny strażnik konstytucji. Uwagi na kanwie orzeczenia K 34/15 Trybunału Konstytucyjnego z 3 grudnia 2015 roku*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 5 (31).
- Frohnmayr A., *Die Schranken des zeitlichen Geltungsbereiches der Gesetze im französischen Verfassungsrecht, ins besondere die Frage der Zulässigkeit rückwirkender Gesetze im französischen Recht*, Tübingen 1955.
- Kisker G., *Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutsche Recht*, Tübingen 1963.
- Kosikowski C., *Glosa do orzeczenia TK z dnia 21 listopada 1994 r.*, K. 6/94, OTK 1994/2/39, „Państwo i Prawo” 1995, nr 6.
- Kucharski P., *Glosa do orzeczenia TK z dnia 21 listopada 1994 r.*, K. 6/94, OTK 1994/2/39, „Państwo i Prawo” 1995, nr 6.
- Masternak-Kubiak M., *Procedura postępowania w sprawie skargi konstytucyjnej* (w:) J. Trzeciński (red.), *Skarga konstytucyjna*, Warszawa 2000.
- Mazur M., *Terminologia techniczna*, Warszawa 1961.
- Mikołajewicz J., *Pojmowanie zasady państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, rozdział (w:) S. Wronkowska (red.), *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995.
- Mikołajewicz J., Sachajko M., *Kwalifikacje syndyka. Problematyka intertemporalna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, nr 1.
- Pietrzykowski T., *Podstawy prawa intertemporalnego. Zmiany przepisów a problemy stosowania prawa*, Warszawa 2011.
- Pułło A., *Glosa do orzeczenia TK z dnia 21 listopada 1994 r.*, K. 6/94, OTK 1994/2/39, „Przegląd Sejmowy” 1995, nr 1.
- Rozmarny S., *Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL*, Warszawa 1961.
- Sarnecki P., *Glosa do wyroku TK z dnia 14 kwietnia 1999 r.*, K 8/99, OTK 1999/3/41, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 6.
- Szewczyk M., *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym. Administracja wobec wolności i innych praw podmiotowych jednostki*, Poznań 1995.

- Szewczyk M., *Nadzór jako instytucja materialnego prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 1.
- Trzeciński J., *Czy Trybunał Konstytucyjny jest władzą sądowniczą?* (w:) M. Kudej (red.), *Krąg zagadnień konstytucyjnych. Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, Katowice 1999.
- Wigand D., *Rückwirkung von Gesetzen im Sozialversicherungs Recht*, Würzburg 1960.
- Winczorek P., *Glosa do uchwały SN z dnia 26 maja 1995 r.*, sygn. I PZP 13/95, „Państwo i Prawo” 1996, nr 2.
- Włodyka S., *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1968.
- Zieliński M., Ziemiński Z., *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988.
- Zieliński A., *Zakres stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Palestra” 1998, z. 7–8.
- Ziemiński Z., *Podstawowe problemy prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

Przedawnienie ścigania wybranych zbrodni komunistycznych w świetle zakazu stosowania tortur



Krzysztof Szczucki

Adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, sekretarz redakcji czasopisma „Forum Prawnicze”. Autor publikacji z zakresu prawa karnego, prawa konstytucyjnego, prawa medycznego.

Barring of Claims Pertaining to Selected Communist Crimes in the Light of the Prohibition on Torture

The question of communist crimes, especially the failure to police and investigate them, deserves constitutional scrutiny. A survey of arguments presented hitherto in academic literature on the subject appears to point towards finding those actions incompatible with the constitution, particularly through the prism of the principles of democratic state ruled by law and the right to a fair trial. This article, by casting light on another aspect of the crimes committed by public officials of the Polish People's Republic, tendered an additional catalyst to examine the problem in question. For it is unacceptable for a state, and contrary to the Polish Constitution and international law, not to provide a basic, justice-based claim to those who suffered harm during the previous regime. This is all the more convincing since investigating and policing those crimes in that time was practically impossible, and the acts committed often took the shape of torture or inhumane, cruel and degrading treatment.

Sąd Najwyższy w uchwale z 14 października 2015 r. wrócił do problematyki ścigania przestępstw popełnianych przez funkcjonariuszy publicznych w latach 1944–1989¹. Sąd Najwyższy stwierdził, że umyślne pozbawienie człowieka wolności – spełniające szczególne warunki – może być uznane za

zbrodnię przeciwko ludzkości, której karalność nie ulega przedawnieniu, nawet jeżeli nie realizuje znamion czynu zabronionego określonego w art. 118a § 2 pkt 2 k.k. Zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia w składzie siedmiu sędziów wyłoniło się na tle postępowania dotyczącego byłego wysokiego funkcjonariusza Milicji Obywatelskiej, który wydawał decyzje o inter-

¹ Uchwała SN (7) z dnia 14 października 2015 r., I KZP 7/15.

nowaniu w czasie stanu wojennego. Sąd Najwyższy oparł swój wywód przede wszystkim na analizie Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego² (dalej: Statut Rzymski) i zawartej w nim definicji zbrodni przeciwko ludzkości. W uchwale niestety nie rozstrzygnięto zagadnienia szczegól-

mianowicie możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawców niektórych przestępstw, nawet jeżeli minął okres przedawnienia przewidziany w odpowiednich ustawach. Szczególnie istotne wydaje się zagadnienie możliwości ścigania funkcjonariuszy publicznych, którzy w latach 1944–1989



W przypadku występków zagrożonych karą do trzech lat pozbawienia wolności nie można powoływać się na argument, że bieg przedawnienia, jeżeli został już raz przywrócony w państwie demokratycznym, nie może zostać przywrócony ponownie.

nie ważnego, które jedynie zamarkowano: „W tej konkretnej sprawie natomiast rozważenia wymagać będzie jeszcze możliwość stosowania w procesie wykładni regulacji Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego ze względu na treść art. 24 ust. 1 Statutu (zasada retroaktywności), z której wynika, że Statut ma działanie prospektywne. Zastanowić się zatem należy, czy wykładnicze rozumienie »zbrodni przeciwko ludzkości« interpretowane w oparciu o Statut może być stosowane do czynów popełnionych przed jego wejściem w życie”.

Możliwość powołania się na Statut Rzymski w ramach dokonywania oceny czynów popełnianych przez funkcjonariuszy państwowych w Polsce w latach 1944–1989 budzi zasadnicze wątpliwości, gdyż w tym okresie Statut nie obowiązywał. Trudno zatem przyjąć ten akt normatywny jako podstawowy punkt odniesienia w prowadzonych tutaj analizach. Niezależnie od tego mankamentu Sąd Najwyższy w swoim wyroku podniósł istotny problem,

dopuszcili się występków w związku z pełnieniem swoich funkcji³.

Problem wyłania się przede wszystkim na gruncie ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym⁴, w której do art. 108 k.k. z 1969 r. dodano § 2 w następującym brzmieniu: „Bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 1990 r. Przepis art. 2 § 1 k.k. nie ma w takich wypadkach zastosowania”. Pozostałe typy czynów, a więc te zagrożone karą pozbawienia wolności do 3 lat nie zostały objęte nowym terminem przedawnienia, co mogłoby ozna-

2 Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. 2003 nr 78 poz. 708).

3 M. Warchoń, *Przedawnienie zbrodni komunistycznych – zagadnienia wybrane*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2(10), s. 37 i n.

4 Dz.U. z 1995 r., nr 95, poz. 475.

czać, że większość z nich przedawniła się jeszcze przed 1990 r., a pozostałe – popełnione pod koniec lat osiemdziesiątych – zaraz na początku lat dziewięćdziesiątych. Zaniechanie przywrócenia nowogo terminu biegu przedawnienia w tych sprawach nie musi jednak oznaczać, że nie jest już możliwe ich ściganie. Ustawodawca, pomijając te występkęki w ustawie z 1995 r., pozostawił w konsekwencji możliwość przywrócenia biegu przedawnienia w przyszłości. W tych sprawach bowiem nie można powoływać się na argument, że bieg przedawnienia, jeżeli został już raz przywrócony w państwie demokratycznym, nie może zostać przywrócony ponownie.

Przyjmując ustawę nowelizacyjną z 1995 r., ustawodawca *de facto* uznał, iż nie należy ścigać czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, których górna granica wynosi 5 lat pozbawienia wolności. Na mocy ustawy z 1995 r. przedawnienie w przypadku tych przestępstw nastąpiło z dniem 1 stycznia 1995 r. W praktyce zatem decyzja ustawodawcy z 1995 r. oznaczała faktyczną abolicję dla funkcjonariuszy, którzy w związku ze swoimi obowiązkami dopuścili się w latach 1944–1989 popełnienia przestępstw zagrożonych karą od 3 do 5 lat pozbawienia wolności.

Ustawodawca podejmował kolejne próby uregulowania odpowiedzialności za przestępstwa popełnione przez funkcjonariuszy w okresie PRL. W 1998 r. wszedł w życie nowy kodeks karny uchwalony w 1997 r. Wprowadził on zmiany w terminach przedawnień, przedłużając okres przedawnienia do 10 lat dla czynów zagrożonych karą przekraczającą 3 lata pozbawienia wolności. Jednocześnie jednak w art. 9 § 1 przepisów wprowadzających kodeks karny z 1997 r.⁵ powtórzono rozwiązanie przyjęte w ustawie z 1995 r. i ponownie wskazano termin 1 stycznia 1990 r. jako początek biegu przedawnienia dla przestępstw zagrożonych karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych w okresie PRL. Dodatkowo wyłączono w takich przypadkach możliwość stosowania art. 4 § 1 k.k., a więc przepisu pozwalającego

na stosowanie ustawy uprzedniej, o ile jest względniejsza dla sprawcy. Kolejna nowelizacja wyznaczyła początek biegu przedawnienia opisanych tutaj występów na 1 sierpnia 1990 r.

W ustawie z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu⁶ wprowadzono do systemu nową kategorię: „zbrodnie komunistyczne”, co nie pokrywa się z klasycznym dla prawa karnego podziałem na występkęki i zbrodnie. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tej ustawy zbrodniami komunistycznymi „są czyny popełnione przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego w okresie od dnia 17 września 1939 r. do dnia 31 lipca 1990 r., polegające na stosowaniu represji lub innych form naruszania praw człowieka wobec jednostek lub grup ludności bądź w związku z ich stosowaniem, stanowiące przestępstwa według polskiej ustawy karnej obowiązującej w czasie ich popełnienia. Zbrodniami komunistycznymi są również czyny popełnione przez tych funkcjonariuszy w okresie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, zawierające znamiona czynów zabronionych określonych w art. 187, 193 lub 194 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny albo art. 265 § 1, art. 266 § 1, 2 lub 4 lub art. 267 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, dokonane przeciwko dokumentom w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. z 2013 r. poz. 1388) na szkodę osób, których te dokumenty dotyczą”. W konsekwencji występkęki objęte zakresem niniejszego artykułu także zostały zakwalifikowane do zbioru określonego nazwą „zbrodnie komunistyczne”. Jak się wydaje, do kategorii zbrodni komunistycznych można zakwalifikować również występkęki popełniane przez funkcjonariuszy publicznych w PRL zagrożone karą do 3 lat pozbawienia wolności, a więc nieobjęte ustawą z 1995 r. Tym samym zasadne wydaje się twierdzenie o możliwości ścigania tych występów, bez możliwości podniesienia zarzutu ich przedawnienia. Należy jednak zauwa-

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 554).

⁶ Dz.U. z 1998 r., nr 155, poz. 1016 z późn. zm.

żyć, że prowadzi to do paradoksalnych wniosków, ponieważ takie wnioskowanie daje możliwość ścigania przestępstw zagrożonych karą do 3 lat pozbawienia wolności i karą powyżej 5 lat pozbawienia wolności, wyłączając z tego katalogu przestępstwa zagrożone karą od 3 do 5 lat pozbawienia wolności.

z 2007 r. Nr 63, poz. 424 ze zm.) nie stanowi samodzielnej podstawy normatywnej do ustalania terminu przedawnienia karalności zbrodni komunistycznych określonych w art. 2 ust. 1 tej ustawy, a przy ustalaniu tym konieczne jest uwzględnienie przepisów regulujących przedawnienie karalności przestępstw



Konsekwencją uchwały SN jest uznanie, że niedopuszczalne jest odzycie terminu przedawnienia w sytuacji, gdy w okresie po rozpoczęciu transformacji ustrojowej ten termin raz już odżył.

W dniu 13 maja 1999 r. wszedł w życie art. 4 ust. 1a ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w nowym brzmieniu, który przewiduje dla zbrodni komunistycznych dłuższe terminy przedawnienia, aniżeli we wcześniejszym ustawodawstwie, tj. 30 lat dla zabójstw będących zbrodniami komunistycznymi i 20 lat dla innych zbrodni komunistycznych, liczone od dnia 1 stycznia 1990 r., a po kolejnej nowelizacji, która weszła w życie dnia 15 marca 2007 r.⁷, odpowiednio okresy 40 i 30 lat, liczone od dnia 1 sierpnia 1990 r. Jednakże te dwa ostatnie akty prawne nic nie zmieniły w możliwości badania i dochodzenia tych dwóch przedmiotowych rodzajów zbrodni komunistycznych, które wolał ustawodawcy z 1995 r. uległy przedawnieniu.

Decydująca w tej sprawie okazała się uchwała Sądu Najwyższego z 25 maja 2010 r., w której uznał, iż: „przepis art. 4 ust. 1a ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U.

zawartych w przepisach Kodeksu karnego z 1969 r. (po nowelizacji z dnia 7 lipca 1995 r., Dz.U. Nr 95, poz. 475), Kodeksu karnego z 1997 r. oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 554 ze zm.)”⁸.

Konsekwencją ww. uchwały SN jest uznanie, że niedopuszczalne jest odzycie terminu przedawnienia w sytuacji, gdy w okresie po rozpoczęciu transformacji ustrojowej ten termin raz już odżył. Powoduje to dezaktualizację przesłanki zmian ustrojowych jako podstawy wprowadzenia szczególnych możliwości ścigania tych przestępstw, których ściganie nie było możliwe w poprzednim systemie, a w tym wypadku konkretnie w PRL. Jest to o tyle błędne założenie, że realnie, a nawet tylko prawnie, Państwo Polskie po 1989 r. nie umożliwiło ścigania występów będących przedmiotem niniejszego opracowania. Pierwotny termin przedawnienia wielu z nich minął jeszcze w okresie PRL, a nie ma wątpliwości, że nie było wtedy – jak się wydaje – nawet ustrojowej woli pociągnięcia do odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych, którzy w związku z wykonywaniem swoich obowiązków popełniali jednocześnie przestępstwa zagrożone ka-

⁷ Ustawa z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. z 2006 r., nr 218, poz. 1592).

⁸ Uchwała SN z dnia 25 maja 2010 r., I KZP 5/10.

rami do pięciu lat pozbawienia wolności. Analiza tego wątku była już przedmiotem innych publikacji⁹. Nie chcąc powtarzać poczynionych tam ustaleń, warto zwrócić uwagę na problem dotąd szerzej nie omówiony. Sytuacja, w której faktycznie uniemożliwiono ściganie sprawców zbrodni komunistycznych zagrożonych karami do pięciu lat pozbawienia wolności, może kolidować z zakazem stosowania tortur oraz okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego zachowania, a przede wszystkim z obowiązkiem ścigania zachowań, które takie znamiona wypełniły.

Przed przejściem do kluczowej warstwy analizy warto jeszcze przywołać przykład czynu zabronionego popełnionego przez funkcjonariusza w poprzednim ustroju, tak aby ukazać praktyczny wymiar omawianego problemu. Ilustracją może być sprawa, która stała się bezpośrednią przyczyną podjęcia przez Sąd Najwyższy ww. uchwały z dnia 25 maja 2010 r. W sprawie, która zawisła przed jednym z sądów okręgowych, oskarżony Bogdan M. stanął pod zarzutem popełnienia w okresie od stycznia 1983 r. do dnia 29 sierpnia 1988 r. przestępstwa wyczerpującego znamiona art. 246 k.k. w zb. z art. 247 § 1 k.k. w zb. z art. 189 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu. W opisie czynu oskarżyciel wskazywał, że zachowanie zarzucane oskarżonemu wypełniało znamiona czynów zabronionych stypizowanych z art. 184 § 1, art. 166, art. 165 § 1 w zw. z art. 58 k.k. z 1969 r. Ostatecznie do skazania nie doszło, ponieważ stwierdzono przedawnienie.

W literaturze podkreśla się, że problemem jest nie tyle możliwość odzicia terminu przedawnienia, jeżeli jest to uzasadnione zmianą ustroju i zaistnieniem realnej możliwości ścigania danego przestępstwa, ale doprowadzenie do sytuacji, w której, mimo zaistniałego już przedawnienia w państwie demokratycznym, doprowadza się do ponownego odzicia możliwości ścigania i ukarania danego czynu zabronionego¹⁰. Słusznie jednak zauważa się, iż nie

jest precyzyjne stwierdzenie, że termin przedawnienia przestępstw, o których tu mowa, odżył już raz w państwie demokratycznym. Trudno za takie odzicie uznać sytuację, w której wraz z momentem wejścia w życie ustawy decydującej o wznowieniu możliwości ścigania i ukarania następuje przedawnienie z powodu upływu terminów wskazanych w ustawie karnej, niezmienionych ustawą wyznaczającą datę, od której biegnie nowy okres przedawnienia¹¹. Przyjęcie w 1995 r. przepisów wprowadzających odzicie przedawnienia do 1 stycznia 1990 r., pośrednio wprowadzających abolicję w odniesieniu do występów zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat pięciu, nie może być uznane za rzeczywiste odzicie przedawnienia. Innymi słowy, nie będzie nadużyciem stwierdzenie, że ówczesny ustawodawca wprowadził fikcję odzicia przedawnienia.

Właściwie nie ma podstaw do zaniechania oceny tak ukształtowanego stanu prawnego z perspektywy zasady demokratycznego państwa prawnego, a zwłaszcza wynikającej z niej zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Wątpliwości natury prawnej i etycznej musi wywoływać sytuacja, kiedy demokratyczne państwo *in abstracto* uniemożliwia pokrzywdzonym dochodzenie do pociągnięcia sprawców do odpowiedzialności. Uprawniona jest nawet teza, że zasada demokratycznego państwa prawnego nie tylko daje możliwość ścigania takich przestępstw, ale wręcz nakazuje ustalenie stosownych procedur, które by na to pozwalały. Paradoksalnie za taką tezę przemawia także sama zasada *lex retro non agit*, w której istocie nie mieści się ochrona samowoli organów władzy publicznej i ich funkcjonariuszy, bezkarnie naruszających prawa i wolności człowieka¹². Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ochronie wolności jednostki domagającej się sprawiedliwości

z świadomej decyzji demokratycznego państwa”, A. Jezusek, *Przedawnienie karalności zbrodni komunistycznych w świetle uchwały SN z dnia 25 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt I KZP 5/10*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 3, s. 155.

11 M. Warchoń, *Przedawnienie zbrodni...*, dz. cyt., s. 50.

12 W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 415.

9 M. Warchoń, *Przedawnienie zbrodni...*, dz. cyt.

10 Zdaniem A. Jezuska: „W żadnym wypadku nie można dopuścić do przełamania skutków przedawnienia, które wynikały

w warunkach, które mogą sugerować, że sprawiedliwość powinna być zagwarantowana, przynajmniej w wymiarze proceduralnym.

Głównym celem niniejszego artykułu nie jest jednak ocena stanu prawnego z perspektywy zasady demokratycznego państwa prawnego, ale rozważenie możliwości wzięcia pod uwagę także innych wzorców kontroli wynikających z norm prawa międzynarodowego oraz Konstytucji RP z 1997 r.,

świata”¹³. W art. 5 tej deklaracji już wprost wskazano: „Nie wolno nikogo torturować ani karać lub traktować w sposób okrutny, niehumanitarny lub poniżający”. Bardzo podobny zakaz wprowadził także art. 7 MPPOiP¹⁴.

Kluczowym aktem prawa międzynarodowego odnoszącym się do poruszanego tutaj zagadnienia jest Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżają-



Zasada demokratycznego państwa prawnego nie tylko daje możliwość ścigania zbrodni komunistycznych, ale wręcz nakazuje ustalenie stosownych procedur, które by na to pozwalały.

a mianowicie przepisów zakazujących stosowania tortur oraz okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania, a także zakazujących stosowania kar cielesnych. Ten aspekt oceny norm prawnych, a także samych zachowań popełnianych przez funkcjonariuszy publicznych w latach 1944–1989 nie był jeszcze przedmiotem pogłębionego dyskursu sądowego i akademickiego.

Nie ma wątpliwości, że zakaz stosowania tortur oraz okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania należy do norm bezwzględnie obowiązujących w prawie międzynarodowym. Należy on do hierarchicznie najważniejszych zasad praw człowieka, sięgając właściwie poza dominujący obecnie ich konwencyjny charakter. Z uwagi na nierozzerwalny związek z zasadą godności człowieka zakaz ten – tortur i innych niehumanitarnych, okrutnych i poniżających zachowań wobec innych – ma swoje źródło w samej naturze człowieka, jego podmiotowości, a wszystkie jego artikulacje mają charakter jedynie wtórny wobec takiego źródła. Jak głosi Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest „podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju

tego traktowania albo karania”¹⁵ (dalej: konwencja w sprawie zakazu tortur). Jest to także najważniejszy dokument zawierający legalną definicję tortur. Zgodnie z konwencją przez „tortury” należy rozumieć „każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia naciśku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są

13 Przyjęta i proklamowana przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych rezolucją 217/III A w dniu 10 grudnia 1948 r. w Paryżu, http://www.ptpa.org.pl/public/files/akty_prawne/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf (dostęp 16.05.2016), s. 1.

14 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167).

15 Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r. (Dz.U. z 1989 r., nr 63, poz. 378).

przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym, lub z ich polecenia, albo za wyraźną lub milczącą zgodą”¹⁶. Pojęcie tortur – w myśl konwencji – nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo. Tym samym torturami nie będą na pewno te zachowania funkcjonariuszy, które są legalne, mieszczą się w standardzie praw człowieka i wiążą się z *ius puniendi* państwa. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka podkreśla się trzy przesłanki mające wskazywać na tortury: intensywność (powodowanie cierpienia poważnego i okrutnego), premedytację (zachowanie i wywołane nim cierpienie jest zamierzone), cel (zachowanie wywołujące cierpienie ma zmusić do określonego działania, ma zastraszyć lub ukarać za zachowanie)¹⁷.

16 Definicję tortur zawiera także Statut Rzymski. Zgodnie z jego art. 7 ust. 2 lit. e „tortury oznaczają celowe zadawanie dotkliwego bólu lub cierpienia, fizycznego bądź psychicznego, jakiejkolwiek osobie będącej pod opieką lub kontrolą oskarżonego; termin ten nie obejmuje bólu i cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo”, por. M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 124. Tortury mogą stanowić zbrodnię przeciw ludzkości. Kryteria takiej kwalifikacji zrekonstruował Międzynarodowy Trybunał do spraw Rwandy: „tortury noszą znamiona zbrodni przeciwko ludzkości, jeśli spełnione są następujące dodatkowe wymogi:

- a) tortury są stosowane w ramach szeroko zakrojonego lub systematycznego ataku;
- b) atak jest wymierzony przeciw ludzkości cywilnej;
- c) atak jest zainicjowany z powodu dyskryminacji narodowej, etnicznej, rasowej, religijnej i politycznej”, wyrok Izby I Trybunału z 2 września 1998 r., w sprawie *Jeana Paula Akayesu*, ICTR-96-4, pkt 595, cyt. za M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, M. Znojek, *Prawo karne międzynarodowe. Wybór źródeł*, Warszawa 2010, s. 548.

17 L. Garlicki, *Komentarz do art. 3* (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 107; por. też wyrok ETPC z dnia 5 kwietnia 2005 r. w sprawie *Nevmerzhitsky przeciwko Ukrainie*, skarga nr 54825/00.

Konwencja w sprawie zakazu tortur z 1984 r. nie tylko zakazuje stosowania tortur i wprowadza ich definicję, ale także nakłada na państwa szczególne obowiązki w zakresie ochrony obywateli przed zachowaniami funkcjonariuszy, które mogłyby wypełniać wymienione wyżej przesłanki. Jednym z tych obowiązków jest takie ukształtowanie przepisów karnych, aby żaden z czynów wchodzący w zakres tortur nie znalazł się poza zakresem kryminalizacji obowiązującym w danym państwie¹⁸. Ponadto zgodnie z tą konwencją każdy, kto twierdzi, że został poddany torturom na terytorium danego państwa, powinien mieć prawo do złożenia skargi do właściwych organów oraz prawo do szybkiego i bezstronnego rozpatrzenia przez nie takiej skargi.

Powyższe pozwala na wyciągnięcie wniosku zasadniczego dla głównego przedmiotu analizy prowadzonej w niniejszym artykule. Otóż jeżeli ochrona obywateli przed torturami ma być naprawdę skuteczna, powinna zakładać możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności funkcjonariuszy aparatu państwa dopuszczających się niehumanitarnego, poniżającego lub okrutnego zachowania. Każdy akt wypełniający znamiona tortur powinien spotkać się z reakcją państwa mieszczącą się w ramach *ius puniendi*. Jeżeli państwo z uwagi na swój niedemokratyczny i odwrócony od praw fundamentalnych ustroj nie wywiązało się z tak zakreślonych obowiązków, podjąć je musi w momencie, gdy przeprowadzi ono transformację ustrojową. W świetle ustaleń poczynionych na gruncie prawa międzynarodowego, a także art. 40 Konstytucji RP zasadne jest twierdzenie, że przestępstwa spełniające przywołane wyżej kryteria tortur nie podlegają przedawnieniu¹⁹. Jednocześnie każdy akt prawny prowadzący do wyłączenia się państwa z obowiązku

18 P. Daranowski, K. Indeck, *Akty tortur w polskim prawie karnym. Uwagi de lege ferenda*, „Folia Iuridica” 1992, nr 50, s. 130.

19 Pewną wskazówką może być także art. 44 Konstytucji RP, odnoszący się do biegu przedawnienia. Należy jednak zwrócić uwagę, że ma on charakter raczej prospektywny, co powoduje, że nie może być odnoszony wprost do sytuacji, gdy o takim przedawnieniu zdecydowano już w warunkach państwa demokratycznego.

ścigania takich przestępstw jest poważnym naruszeniem konwencji w sprawie zakazu tortur z 1984 r.

Rozważając problematykę tortur w kontekście czynów podejmowanych przez funkcjonariuszy PRL w latach 1944–1989, warto dokonać jeszcze rekonstrukcji kryteriów pozwalających na zakwalifikowanie tych czynów, poza ścisłymi torturami,

precyzyjnie rozgraniczyć ingerencję legitymowaną i taką, która prowadzi do naruszenia godności człowieka. Poniżające traktowanie i karanie wystąpi wtedy, gdy integralność psychiczna lub fizyczna człowieka zostanie naruszona w sposób, który wywoła u niego strach, stres, podporządkowanie, upokorzenie, upodlenie lub zniewolenie²³. Jakkol-



Jeżeli ochrona obywateli przed torturami ma być naprawdę skuteczna, powinna zakładać możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności funkcjonariuszy aparatu państwa dopuszczających się niehumanitarnego, poniżającego lub okrutnego zachowania.

do zachowań niehumanitarnych, poniżających lub okrutnych. Deklaracja w sprawie ochrony wszystkich osób przed torturami oraz innym okrutnym, niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem albo karaniem z 9 grudnia 1975 r.²⁰ wskazuje, że tortury niejako zawierają się w grupie zachowań okrutnych, niehumanitarnych lub poniżających, będąc ich rażącą formą. Do tortur można zakwalifikować działanie funkcjonariuszy publicznych mające charakter celowy, umyślny, ukierunkowany na zdobycie określonych zeznań lub osiągnięcie innych doraźnych celów²¹. Do zbioru zachowań niehumanitarnych należy zaliczyć czynności polegające na ingerowaniu w psychiczną lub fizyczną sferę aktywności człowieka w sposób nieuzasadniony²². Niestety trudno jest

wiek te kierunki interpretacyjne mogą być pomocne, precyzyjne odróżnienie tortur od niehumanitarnego, okrutnego lub poniżającego zachowania nie jest konieczne.

Za nieprzedawnieniem się przestępstw polegających na stosowaniu tortur *sensu largo* przemawia także ścisły związek zakazu ich stosowania z zasadą godności człowieka. Właśnie z tego źródła zakaz stosowania tortur czerpie swój absolutny charakter, nie znajdujący żadnych wyjątków. Deklaracja w sprawie ochrony wszystkich osób przed torturami oraz innym okrutnym, niehumanitarnym lub poniżającym

naukowych w kontekście leczenia bez zgody, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 1, s. 176.

20 Przyjęta w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 3452(XXX) z 9 grudnia 1975 r.

21 J. Sobczak, *Komentarz do art. 4 (w:) A. Wróbel (red.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, nb. 5.

22 P. Daniluk, *Zakaz tortur, okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania oraz niedobrowolnych eksperymentów*

23 Tamże. Por. też wyroki ETPC: z dnia 28 lipca 1999 r. w sprawie *Selmouni przeciwko Francji*, skarga nr 25803/94; z dnia 26 października 2000 r. w sprawie *Kudła przeciwko Polsce*; skarga nr 30210/96 z dnia 19 kwietnia 2001 r. w sprawie *Peers przeciwko Grecji*, skarga nr 28524/95; z dnia 10 lipca 2001 r. w sprawie *Price przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 33394/96; z dnia 15 lipca 2002 r. w sprawie *Kalashnikov przeciwko Rosji*, skarga nr 47095/99.

traktowaniem albo karaniem²⁴ w art. 2 stwierdza wprost, że każdy akt tortur w szerokim rozumieniu stanowi obrazę godności ludzkiej i zasługuje na potępienie, ponieważ zaprzecza celom Karty Narodów Zjednoczonych oraz narusza prawa człowieka i podstawowe wolności ujęte w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Tortury zaprzeczają upodmiotowieniu każdego człowieka względem państwa, a więc uderzają w samą istotę jego statusu ontologicznego, negując jego rozumną i wolną naturę. Odczytanie bezwzględnego zakazu stosowania tortur odczytać można zarówno w paradygmacie prawa naturalnego, jak i w optyce pozytywizmu prawniczego. Zakaz tortur jest powszechnie uważany za fundament systemu ochrony praw człowieka²⁵.

Rozważając możliwość rozpatrywania przestępstw popełnianych przez funkcjonariuszy PRL w związku z pełnionymi przez nich funkcjami i wykonywanymi zadaniami, warto także zauważyć, że pokrzywdzonymi przez tortury lub okrutne, nieludzkie i poniżające zachowania mogą być także osoby bliskie dla osób bezpośrednio poddanych takim oddziaływaniom. Komitet Praw Człowieka ONZ wskazuje, że zaniechanie poinformowania rodziny przez funkcjonariuszy władzy publicznej o losie pozbawionego wolności, trzymanie rodziny w niepewności czy też ukrywanie miejsca pochówku także może stanowić naruszenie art. 7 MPPOiP²⁶.

Analiza problematyki zakazu tortur i związanych z nim standardów prawnych zestawiona z przestępstwami popełnianymi przez funkcjonariuszy pub-

licznych w latach 1944–1989 nie pozostawia wątpliwości, że przynajmniej część tych zachowań nosiła znamiona tortur lub nieludzkiego, okrutnego i poniżającego traktowania. Niewątpliwie niektóre z nich wypełniały znamiona występku zagrożonych karą do pięciu lat pozbawienia wolności, a więc takich, które na mocy ustawy z 1995 r. przedawniły się, zanim jeszcze pojawiła się możliwość ich ścigania. Zdaniem Marka Kulika na problem należałoby spojrzeć szerzej, nie tylko przez pryzmat tortur: „Biorąc pod uwagę hierarchię źródeł prawa, można uważać, że wypadki nieścigania przestępstw naruszających prawa człowieka mogą zostać uznane za nierelevantne dla przedawnienia karalności także w wypadku, kiedy przepis konstytucji nie zawiera stosownych uregulowań”²⁷. Pozwala to autorowi na uznanie, że wymogiem praw człowieka jest doprowadzenie do stanu realnej możliwości ścigania sprawców przestępstw polegających na naruszeniu praw człowieka. Tym bardziej wniosek ten jest aktualny wobec sprawców przestępstw wypełniających znamiona stosowania tortur lub okrutnego, nieludzkiego i poniżającego traktowania.

W świetle przedstawionych wyżej argumentów należy przyjąć, że zakaz stosowania tortur oraz nieludzkiego, poniżającego oraz okrutnego zachowania ma charakter normy kogentywnej w prawie międzynarodowym²⁸. Oznacza to, że źródłem tego zakazu nie są spisane normy prawa międzynarodowego, ale zasady obowiązujące w porządku międzynarodowym, powszechnie uznane, spisane dla porządku i precyzyjnego stosowania. Taki stan rzeczy pozwala na przyjęcie tezy, że zakaz ten obowiązywał przez cały okres od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. Tym samym nawet przyjęcie, że art. 40 Konstytucji RP ma charakter tylko perspektywny, nie wyłącza możliwości uwzględnienia zakazu tortur jako wzorca kontroli w sprawie będącej przedmiotem niniejszego artykułu. Wyłącza to możliwość przyjęcia, że ewentualne stwierdzenie niezgodności art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. z usta-

24 Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 3452(XXX) z 9 grudnia 1975 r.

25 A. Rzepliński, *Wolność od tortur. Standard międzynarodowy i standard polski* (w:) A. Rzepliński, K. Wilamowski (red.), *Zapobieganie torturom w instytucjach izolacyjnych Europy Centralnej i Wschodniej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2006, s. 14. Podkreśla to także ETPC: „Article 3 enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe”, wyrok z dnia 7 lipca 1989 r., w sprawie *Soering* przeciwko *Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 14038/88.

26 Sprawa rozpatrywana przez Komitet Praw Człowieka ONZ *Schedko przeciwko Białorusi*, skarga nr 886/99. Zob. też J. Sobczak, *Komentarz do art. 4* (w:) A. Wróbel (red.), *Karta...*, dz. cyt., nb. 15.

27 M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 189.

28 W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999, s. 22–23.

wą zasadniczą oraz umowami międzynarodowymi mogłoby prowadzić do naruszenia standardu wynikającego z zasady *nullum crimen sine lege*. Uznanie niekonstytucyjności dotyczyłoby przepisów uniemożliwiających ściganie czynów zabronionych wypełniających znamiona stosowania tortur, okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego zachowania.

wypełniały znamiona stosowania tortur oraz okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego zachowania. Obowiązek ten wynika już z elementarnego wymogu sprawiedliwości. Jeżeli jednak – zwłaszcza z perspektywy pozytywistycznej – jest to argument niewystarczający, to niewątpliwie podstawą tezy o obowiązku ścigania jest przywołane wyżej prawo



Zakaz stosowania tortur oraz niehumanitarnego, poniżającego czy okrutnego zachowania ma charakter normy kogentywnej w prawie międzynarodowym.

Nawet jeżeli przepisy konstytucyjne obowiązujące w latach 1944–1989 i w 1995 r. nie traktowały ratyfikowanej umowy międzynarodowej jako źródła prawa bezpośrednio obowiązującego w systemie prawa RP, to nie oznacza, że nie wiązała ona organów państwa²⁹. Ponadto należy zgodzić się z Włodzimierzem Wróblem opowiadającym się za przyjęciem, iż art. 42 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP ma charakter retroaktywny, o ile możliwe jest stwierdzenie, że czyn w momencie jego popełnienia był bezprawny w rozumieniu prawa międzynarodowego³⁰. W konsekwencji państwo miało i wciąż ma bezwzględny obowiązek ścigania sprawców tych czynów, które

międzynarodowe, a zwłaszcza norma kogentywna zakazująca tortur i wiążący się z nią wymóg pociągnięcia do odpowiedzialności tych, którzy ten zakaz naruszali. Jeżeli państwo, chociażby z uwagi na ustrój, nie było zdolne do poprawnego zrealizowania tego obowiązku, to niewątpliwie powinno to uczynić niezwłocznie po transformacji ustrojowej. Zaniechanie w tym zakresie jest bowiem równoznaczne z naruszeniem obowiązków. Ustawa, która w skutkach miała charakter abolicyjny, jest niezgodna z art. 40 Konstytucji RP, z art. 7 MPPOiP, z art. 3 EKPC³¹, z art. 1, art. 2, art. 4, art. 13 konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz z art. 87 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 ustawy konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym³².

29 „Z milczenia konstytucji na temat »ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową« nie można jeszcze wnioskować *a contrario*, iż zasady te nie mają bezpośredniej, powszechnej mocy obowiązującej w porządku krajowym. O ich statusie decydować więc będzie normatywna koncepcja źródeł prawa akceptowana w orzecznictwie i doktrynie. W tej zaś perspektywie nie ma obecnie wątpliwości co do mocy obowiązującej owych zasad”, W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, dz. cyt., s. 406.

30 „Wystarczającym warunkiem odpowiedzialności karnej byłaby w takim wypadku »prawnomiędzynarodowa« bezprawność takiego czynu, a dokładnie wskazanie, iż powinien on podlegać karze”, tamże, s. 407; por. też M. Kulik, *Przedawnienie...*, dz. cyt., s. 162–163.

31 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie i uzupełniona protokołami (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284).

32 Por. wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2016 r., II.519.2824.2014. KŁS, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_ws_zbrodni_komunistycznych.pdf (dostęp 28.04.2016).

Problematyka zbrodni komunistycznych, a zwłaszcza zaniechanie ścigania niektórych z nich spowodowane faktyczną abolicją, zasługują niewątpliwie na kontrolę konstytucyjną. W świetle argumentów przedstawionych do tej pory w doktrynie, zwłaszcza z perspektywy zasady demokratycznego państwa

tów naukowych w kontekście leczenia bez zgody, „Przeгляд Sejmowy” 2012, nr 1.

Daranowski P., Indeck K., *Akty tortur w polskim prawie karnym. Uwagi de lege ferenda*, „Folia Iuridica” 1992, nr 50.

Garlicki L. (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka*



Jeżeli państwo, chociażby z uwagi na ustrój, nie było zdolne do poprawnego zrealizowania tego obowiązku, to niewątpliwie powinno to uczynić niezwłocznie po transformacji ustrojowej.

prawnego oraz prawa do sądu, argumenty przemawiające za stwierdzeniem niezgodności z ustawą zasadniczą art. 108 § 2 k.k. z 1969 r. wydają się w pełni uzasadnione. Argumentacja przedstawiona w niniejszym artykule, wskazująca na jeszcze inny aspekt przestępstw popełnianych przez funkcjonariuszy państwa w PRL daje dodatkowy asumpt do zbadania tej sprawy. Nie jest możliwe do zaakceptowania w świetle Konstytucji RP oraz prawa międzynarodowego to, że państwo nie stwarza warunków do urzeczywistnienia podstawowego roszczenia sprawiedliwościowego osobom pokrzywdzonym w okresie trwania ustroju, w którym ściganie sprawców wymierzonych przeciwko nim przestępstw nie było faktycznie możliwe, tym bardziej że w wielu przypadkach wypełniały one znamiona stosowania tortur lub okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego traktowania.

Bibliografia

Czapliński W., Wyrozumsk A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999.
Daniluk P., *Zakaz tortur, okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania oraz niedobrowolnych eksperymentów*

i podstawowych wolności, t. 1, Komentarz do artykułów 1–18, Warszawa 2010.

Jezusek A., *Przedawnienie karalności zbrodni komunistycznych w świetle uchwały SN z dnia 25 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt I KZP 5/10*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 3.

Królikowski M., Wiliński P., Izydoreczek J., *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008.

Królikowski M., Wiliński P., Izydoreczek J., Znojek M., *Prawo karne międzynarodowe. Wybór źródeł*, Warszawa 2010.

Kulik M., *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 189.

Rzepliński A., *Wolność od tortur. Standard międzynarodowy i standard polski* (w:) A. Rzepliński, K. Wilamowski (red.), *Zapobieganie torturom w instytucjach izolacyjnych Europy Centralnej i Wschodniej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2006.

Warchoń M., *Przedawnienie zbrodni komunistycznych – zagadnienia wybrane*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2(10).

Wróbel A. (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.

Wróbel W., *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003.

Ronald Dworkin o prawie do aborcji



Michał Pełka

Doktor nauk prawnych, pracownik naukowo-dydaktyczny Zakładu Logiki i Informatyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Autor monografii Konflikt uprawnień w teorii prawa Ronalda Dworkina, Warszawa 2012. Zajmuje się współczesną filozofią prawa, a szczególnie jej związkami z analityczną filozofią języka, zwłaszcza w perspektywie późnych koncepcji Ludwiga Wittgensteina i przyczynowej teorii odniesienia przedmiotowego.

Ronald Dworkin on the Right to Abortion

The article deals with the problem of abortion from the perspective of the ideas developed by the American legal philosopher Ronald Dworkin. The main concern is to identify strengths and weaknesses of Dworkin's position on this matter. In the first part the paper describes the main components of his theory, especially the distinction between derivative and detached opposition to abortion and the three kinds of values which are relevant to the discussion, namely subjective, instrumental and intrinsic values. Then the very important value for Dworkin's proposal is described – the category of sacred values. The second part of article contains critical remarks on Dworkin's theory, particularly its inadequate presentation of the stance of the conservative side to the dispute and embracing of an incomplete conception of rights. To that end, the author makes use of Rawls's intellectual tools to debate and contest termination of pregnancy, tools termed "reflective equilibrium" and "veil of ignorance". The paper ends with the author's own outline of the resolution to the abortion controversy, named ethical contextualism.

Zagadnienie warunków moralnej i prawnej dopuszczalności przerywania ciąży stanowi wciąż przedmiot niegasnących i wzmożonych sporów oraz kontrowersji. Mimo wielowiekowego ścierania się różnych poglądów na tę kwestię i formułowania rozmaitych stanowisk popierających zwalczające się stronnictwa intelektualne nie wydaje się, aby zakończenie toczącej się z niezwykłą żarliwością walki na argumenty było bliższe i szybkie. Jak dotąd żadna ze stron sporu nie została przekonana przez stronę przeciwną.

Można zatem postawić zasadne, jak się zdaje, pytania. Czy

jeszcze coś interesującego można w toczącej się debacie powiedzieć? Czy można wysunąć jakiś nowy, nieznaný wcześniej argument, który byłby w stanie debatę tę rozstrzygnąć na rzecz którejś ze stron i spór definitywnie zakończyć? Czy pomimo braku takiego ostatecznego argumentu da się spojrzeć na kwestię przerywania ciąży w sposób inny niż dotychczas i świeżym spojrzeniem objąć całą zagmatwaną problematykę?

Na pierwszy rzut oka odpowiedź na wszystkie te pytania musi być negatywna. Najtrudniej jest odpowiedzieć na pytanie drugie, jednakże, jak będę

się starał wykazać, przynajmniej na pytanie pierwsze i trzecie odpowiedzieć winna być twierdząca, a to za sprawą propozycji teoretycznych, jakie wysunął amerykański filozof prawa Ronald Dworkin. Celem niniejszego opracowania jest rekonstrukcja i krytyczna analiza stanowiska Ronalda Dworkina w sprawie sporu o aborcję, a zadaniem – omówienie zarówno mocnych stron, jak i słabości poglądów autora na tę kwestię. Najpełniejszy wyraz poglądy

bą posiadającą interesy i uprawnienia. Wedle tego błędnego przekonania przeciwnicy aborcji bronią tezy, że płód od momentu poczęcia jest osobą, której przysługują uprawnienia, natomiast przedstawiciele ruchu *pro-choice* forsują twierdzenie, iż płód po momencie poczęcia jest tylko zbiorem komórek i w takim stanie żadną miarą nie jest osobą, a w każdym razie nie bardziej jest osobą niż zapłodnione kurze jajo jest kurczakiem, lub też żołądź jest dębem².



Celem niniejszego opracowania jest rekonstrukcja i krytyczna analiza stanowiska Ronalda Dworkina w sprawie sporu o aborcję, a zadaniem – omówienie zarówno mocnych stron, jak i słabości poglądów autora na tę kwestię.

Dworkina znalazły w książce *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*¹ i to ta pozycja (dalej: LD) będzie zasadniczym przedmiotem podjętych rozważań. Aby móc w sposób pełny i kompetentny odnieść się do propozycji wysuniętych w tej rozprawie, konieczne jest najpierw jej przedstawienie i to będzie przedmiotem pierwszej części artykułu. Druga jego część zawiera uwagi krytyczne względem stanowiska Dworkina.

I. Ekspozycja stanowiska Ronalda Dworkina

Według Ronalda Dworkina debata wokół aborcji oparta jest na leżącym u jej podłoża poważnym pojęciowym zamieszaniu. Zamieszanie to utrudnia konstruktywną rozmowę i powstrzymuje znalezienie szerzej akceptowalnego moralnego i prawnego rozwiązania sporu. Tym nieporozumieniem jest rozpowszechnione błędne przekonanie, iż spór o aborcję dotyczy w istocie batalii o to, czy płód jest oso-

by. Tymczasem, jak twierdzi Dworkin, w zasadzie praktycznie nikt nie utrzymuje, iż płód jest osobą posiadającą uprawnienia. Jednocześnie niemal wszyscy uważają, że płód stanowi formę ludzkiego życia i z tego względu jest wewnętrznie (samoistnie) wartościowy i święty³. Te dwie tezy nie pozostają oczywiście bez konsekwencji. Według amerykańskiego filozofa twierdzenie, iż nikt, poza nielicznymi wyjątkami, nie żywi przekonania, że płód jest osobą obdarzoną uprawnieniami, pociąga za sobą wniosek, iż każdy, z pewnymi wyjątkami, uważa, iż aborcja jest czasami dopuszczalna⁴. Lustrzanym od-

² LD, s. 10.

³ Dworkin nie waha się użyć terminu „święty” (*sacred*) mimo jego religijnego nacechowania. Wyjaśnia jednak, iż zamiennie z tym określeniem będzie posługiwał się również pojęciem „nienaruszalny” (*inviolable*), ale w jego rozumieniu oba terminy odnoszą się do wyrażenia tej samej idei i znaczą to samo – LD, s. 25.

⁴ Zgodnie z kategorycznym stwierdzeniem Dworkina, jeśli płód byłby osobą konstytucyjną od momentu poczęcia, aborcja byłaby całkowicie niedopuszczalna – LD, s. 157.

¹ R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, 1993.

biciem argumentacyjnym takiego postawienia sprawy jest teza, iż przyjęcie, że niemal każdy uznaje płód za święte ludzkie życie, pociąga za sobą konkluzję, iż nikt, poza nielicznymi wyjątkami, nie uważa, iż aborcja jest zawsze uzasadniona, z każdego powodu i niezależnie od etapu rozwoju płodu.

W skrócie można zatem powiedzieć, iż Dworkin wysuwa dwie wstępne tezy na temat aborcji. Pierwsza, że niemal nikt nie uważa płodu za osobę posiadającą interesy i uprawnienia; druga, że niemal wszyscy rozpoznają samoistną (*intrinsic*) wartość ludzkiego życia na każdym etapie jego rozwoju.

W tym miejscu należy przytoczyć również istotne rozróżnienie, jakiego Dworkin dokonuje pomiędzy dwoma postawami opozycji względem aborcji, które nazywa zarzutem pochodnym (wtórnym – *derivative objection*) oraz zarzutem oderwanym (pierwotnym – *detached objection*). Zgodnie z pierwszym z nich aborcja winna być zakazana, gdyż narusza prawo płodu do życia, a więc zakaz miałby być pochodny względem uprawnień i interesów, jakie posiada *conceptus*⁵. Jak stanowi zarzut oderwany, zakaz aborcji nie powinien być wywodzony z interesów i uprawnień płodu, lecz winien opierać się na uznaniu, iż życie ludzkie posiada samoistną, przyrodzoną wartość i że jest święte samo przez się od chwili, gdy zaczyna się jego biologiczne trwanie, zanim jeszcze zostanie ukształtowane jego odczuwanie czy też pojawia się interesy⁶.

W ujęciu Dworkinowskim płód nie może posiadać uprawnień, gdyż nie posiada interesów, a nie posiada ich z tego względu, że aby je posiadać, trzeba mieć odpowiednio ukształtowany system nerwowy i mieć zdolności odczuwania, a taka zdolność po-

jawia się dopiero około 30 tygodnia ciąży, a więc w siódmym jej miesiącu⁷. Mimo iż *conceptus* nie jest osobą wyposażoną w uprawnienia, to jednak zarówno strona konserwatywna, jak i liberalna przyjmują, że posiada on wewnętrzną wartość i zasługuje na szacunek, a życie ludzkie jest święte i nienaruszalne. W myśl założeń Dworkina to właśnie przekonanie o świętości i nienaruszalności ludzkiego życia motywuje ruch *pro-life* do stawiania oporu względem aborcji oraz stronę *pro-choice* do traktowania aborcji jako sprawy poważnej. Istota sporu o aborcję toczy się zatem wokół właściwej interpretacji i przyznania należnej wagi przekonaniu o świętości ludzkiego istnienia⁸. Jednostki różnią się rozumieniem konsekwencji zasady świętości życia: dla jednych spowodowanie śmierci jest postrzegane jako najgorszy z możliwych sposobów okazania życiu ludzkiemu braku szacunku, dla innych spowodowanie śmierci jest co prawda sprawą poważną, jednakże inne zdarzenia mogą okazać życiu jeszcze większy brak szacunku⁹. Takim zdarzeniem okazującym ży-

7 LD, s. 17. Interesujące jest wskazanie sposobu argumentacji, jaką stosuje Dworkin, aby wykazać, iż ci, którzy zdają się uważać, że *conceptus* jest osobą obdarzoną uprawnieniami, żywią w rzeczywistości inne przekonanie. Otóż wskazuje on na zachodzącą niespójność poglądów przedstawicieli obozu konserwatywnego, którzy z jednej strony uznają płód za osobę z uprawnieniami, ale jednocześnie dopuszczają przerywanie ciąży, gdy w grę wchodzi życie matki, w przypadkach poważnego uszkodzenia płodu oraz wtedy, gdy ciąża jest wynikiem gwałtu lub kazirodztwa – LD, s. 37. Dodatkowo autor swoją obserwację wzmacnia przytoczeniem jednego z badań opinii publicznej przeprowadzonego wśród osób deklarujących się jako katolicy, z których wynika, iż tylko niewiele ponad 10 procent ankietowanych opowiedziało się za całkowitym zakazem aborcji – LD, s. 47. Jak wskazuje Dworkin, zarówno taka rozbieżność opinii wśród wyznawców ruchu „*pro-life*”, jak również formułowane przez nich wyjątki od zakazu aborcji nie mogłyby mieć miejsca, jeśli wyznawcy ci szczerze wierzyliby, iż płód jest osobą wyposażoną w uprawnienia – LD, s. 50. Dorota Galeza wskazuje jednak, iż dane statystyczne nie są wystarczające do sformułowania koherentnej teorii moralnej – por. D. Galeza, *Dworkin's Argument on Abortion*, „The King's Student Law Review” 2014, vol. 5, nr 2, s. 44.

8 LD, s. 67.

9 LD, s. 90.

5 Określenia tego używa w swej pracy J. Różyńska, *Od zygoty do osoby. Potencjalność, identyczność i przerywanie ciąży*, Gdańsk, 2008, s. 8. Odnosi się ono do istoty ludzkiej w całym okresie prenatalnym, a więc od jej poczęcia do momentu narodzin.

6 LD, s. 11. Nie może ulegać wątpliwości, iż w przypadku osób dorosłych oderwane ujęcie samoistnej wartości ludzkiego życia może współistnieć z ujęciem pochodnym, gdyż ten drugi aspekt łączy się z uznaniem uprawnień i interesów jednostki – tak np. A.M. Capron, *Life's Sacred Value – Common Ground or Battleground?*, „Michigan Law Review” 1994, vol. 92, s. 1501.

ciu większy brak szacunku niż śmierć może być na przykład urodzenie się dziecka poważnie zniekształconego, co mogłoby skazać na frustrację zarówno życie tego dziecka, jak i życie jego rodziców. Innym przykładem jest urodzenie dziecka przez nastoletnią matkę, co mogłoby zniszczyć jej dorosłe życie albo też urodzenie kolejnego dziecka w rodzinie wielodzietnej – i w ten sposób pogorszenie sytuacji pozostałych dzieci¹⁰.

Połączenie kwestii przerywania ciąży z aspektem duchowym, a więc uznaniem życia ludzkiego za święte, nie jest w systemie Dworkina zawieszane w próżni, lecz poczynione rozmyślnie i z dość

aby uznać dane przekonanie za religijne wtedy, gdy spełnia ono kryterium treści i istotności. Zgodnie z tym kryterium przekonanie ma charakter religijny, gdy pełni tę samą lub podobną rolę w ludzkim życiu jak przekonania, które zazwyczaj powszechnie uważa się za religijne. Z historycznego punktu widzenia fundamentalną rolą religii jest dostarczanie odpowiedzi na najgłębsze ludzkie pytania o sens i cel życia oraz o to, kim w ogóle jest człowiek w planie wszechświata¹². Nie może zatem ulegać wątpliwości, iż przekonanie o świętości życia, a zwłaszcza wyznaczenie sposobu, w jaki wartość ta winna być respektowana, jest kwestią fundamen-



W myśl założeń Dworkina przekonanie o świętości i nienaruszalności ludzkiego życia motywuje ruch *pro-life* do stawiania oporu względem aborcji oraz stronę *pro-choice* do traktowania aborcji jako sprawy poważnej.

łatwym do przewidzenia zamiarem. Służy ono bowiem do wyznaczenia ścisłego powiązania zagadnienia aborcji z gwarantowaną konstytucyjnie wolnością religijną. Na pierwszy rzut oka taki związek może wydawać się zadziwiający, a w każdym razie odległy: wszak przekonania religijne chrześcijan zakładają wiarę w osobowy Absolut. Dworkin jednak trafnie zauważa, iż takie założenie nie jest w pełni uprawnione, gdyż istnieją wyznania religijne, takie jak na przykład buddyzm czy też hinduizm, które takiej wiary nie podzielają¹¹. Dworkin proponuje,

talną z perspektywy moralnej osobowości człowieka i z tego względu jest przekonaniem o charakterze religijnym, nawet dla osób, które nie identyfikują się z określonym religijnym wyznaniem lub światopoglądem¹³.

without God, London 2013, wyd. polskie, *Religia bez Boga*, przeł. B. Baran, Warszawa 2014.

12 LD, s. 163. Jak podnosi G.V. Bradley, takie ujęcie religijności jest zbyt szerokie, gdyż jeśli pytanie o znaczenie ludzkiego życia ma charakter religijny, to w zasadzie praktycznie niemożliwe jest, aby racjonalne istoty były niereligijne. Por. G.V. Bradley, *Life's Dominion: A Review Essay*, „Notre Dame Law Review” 1993, vol. 69, nr 2, s. 371.

13 LD, s. 154–155. Argumentację Dworkina w tym punkcie podważa A.S. Greene, według którego nie ma wynikania pomiędzy uznaniem, że określone przekonanie jest fundamentalne lub zasadnicze dla jednostki, a przyjęciem, iż wszystkie fundamentalne lub zasadnicze przekonania mają charakter religijny. Szerzej zob. A.S. Greene, *Uncommon*

10 R.M. Baird, *Dworkin, Abortion, Religious Liberty, and the Spirit of Enlightenment*, „Journal of Church and State” 1995, vol. 37, nr 4, s. 758.

11 Uzasadnieniu stanowiska, iż religia jest czymś głębszym niż wiara w osobowy Absolut, Dworkin poświęcił wygłoszone na Uniwersytecie Berneńskim w grudniu 2011 r. swoje *Einstein Lectures*; wykłady te ukazały się jako książka *Religion*

Przyjmując powyższe przesłanki, a więc pierwszą, iż uczestnicy sporu o aborcję toczą tak naprawdę debatę nie o to, czy płód jest osobą, lecz o poprawną interpretację świętości i nienaruszalności ludzkiego życia, drugą, iż prawidłowa interpretacja ma wymiar religijny, oraz trzecią, empiryczną przesłankę, iż członkowie społeczeństwa są głęboko podzieleni w zakresie spraw religijnych, Dworkin wyprowadza wnioski, że przerywanie ciąży winno być prawnie dopuszczalne, a to z tego względu, iż państwo po-

wyróżnia dwa podejścia: odpowiedzialności (*model of responsibility*) oraz posłuszeństwa (*model of conformity*). Zgodnie z pierwszym modelem państwo chroni najlepiej sporną wartość poprzez pozostawienie obywatelom decydowania we własnym zakresie, jakie jest jej znaczenie i jakie są względem niej wymagania. Drugi model z kolei przyjmuje, iż sporne wartości winny być chronione w drodze politycznego procesu – poprzez państwo, które wybierając jedną z interpretacji jako wiążącą, będzie egzekwowało



Dworkin wyróżnia dwa podejścia: odpowiedzialności (*model of responsibility*) oraz posłuszeństwa (*model of conformity*).

przez prawo karne nie może narzucać obywatelom wiążącej urzędowo interpretacji pojęć religijnych, do których należy pojęcie świętości i nienaruszalności ludzkiego życia¹⁴. Tym samym przysługuje kobietom, wywodzące się z wolności religijnej, prawo do prokreacyjnej autonomii i samodzielnego decydowania w kwestii przerywania ciąży.

Warto przy tym zaznaczyć, że przekonanie o świętości ludzkiego życia jako wartości samoistnej jest wysoce kontrowersyjne i sporne. Można zatem zastanawiać się, jaki model ochrony powinno tu przyjmować państwo. W tym względzie Dworkin

jej przestrzeganie wobec wszystkich obywateli¹⁵. Interesujące jest, iż autor *Life's Dominion* opowiada się zasadniczo za modelem pierwszym, dopuszczając jednocześnie, aby państwo promowało ten model poprzez działania wzmacniające wśród obywateli poczucie odpowiedzialności za poczęte dzieci – w formie np. obowiązku wysłuchania informacji o skutkach aborcji lub też wymogu odczekania doby lub dwóch przed dokonaniem zabiegu. Działania te nie mogą jednak zmierzać do przymuszenia kobiety do podjęcia określonej decyzji¹⁶.

Istotne dla stanowiska Dworkina jest również odróżnienie trzech rodzajów wartości, z którymi możemy mieć do czynienia w rzeczywistości społecznej. Po pierwsze, wartość może mieć charakter instrumentalny (*instrumental values*), co ma miejsce wtedy, gdy rzecz lub zjawisko są ważne ze względu na użyteczność lub zdolność do dawania jednostkom innych dóbr lub wartości. Przykładem dóbr wartościowych instrumentalnie są pieniądze i medycyna: pieniądze służą do zakupu innych rzeczy, których ludzie pragną lub potrzebują, medycyna natomiast jest użyteczna tylko w takim za-

Ground, „The George Washington Law Review” 1994, vol. 62, nr 4, s. 661. Swoistą niekonsekwencję zarzuca też Dworkinowi M.J. Perry, interesująco podnosząc, że skoro istnieje świecka interpretacja czy też wersja idei świętości ludzkiego życia, to nie jest jasne, dlaczego miałyby być ona uznana za religijną. Inaczej mówiąc, rysująca się tutaj sprzeczność polega na jednoczesnym przyjęciu, iż idea świętości ludzkiego życia nie jest ze swej istoty religijna oraz że kwestia powodów, dla których ludzkie życie jest święte, ma charakter religijny. Zob. M.J. Perry, *The Gospel According to Dworkin*, „Constitutional Commentary” 1994, vol. 11, s. 177, przyp. 44.

14 LD, s. 157. Por też R. Dworkin, *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, „The University of Chicago Law Review” 1992, vol. 59, s. 415 i 426.

15 LD, s. 151.

16 LD, s. 153.

kresie, w jakim spełnia swe zadanie leczenia ludzi i zwierząt. Po drugie, wartość może mieć charakter subiektywny (*subjective values*), co ma miejsce wówczas, gdy określony obiekt lub zjawisko są wysoko cenione z uwagi na to, iż ludzie pragną je posiadać lub się nimi cieszyć. Tego rodzaju wartością może być dla jednych szkocka whiskey, dla innych oglądanie meczów piłki nożnej lub też opalanie się na słońcu. Wreszcie po trzecie, w przeciwieństwie do rzeczy lub zjawisk wartościowych instrumentalnie lub subiektywnie, określone dobro może mieć wartość samoistną (*intrinsic values*), gdy jest ono ważne „niezależnie od tego, z czego ludziom zdarza się cieszyć, czego pragną, potrzebują lub co jest dla nich dobre”¹⁷. Wartościowe samoistnie są dzieła sztuki, zwłaszcza rzeźby i obrazy, a także zagrożone gatunki zwierząt i środowisko. Naturalnie do wartości samoistnych należy również ludzkie życie.

Wśród wartości samoistnych należy wyróżnić co najmniej dwa ich rodzaje: wartości kumulatywne (*incremental values*) oraz wartości święte (*sacred values*). Wartości kumulatywne to te z wartości samoistnych, do których stosuje się zasada „im więcej ich mamy, tym lepiej”¹⁸ lub też maksyma „chcemy ich więcej, niezależnie od tego, ile ich już mamy”¹⁹. Wartości święte lub też, jak Dworkin je określa, nienaruszalne (*inviolable*) są zdefiniowane poprzez kontrast do wartości kumulatywnych – jako te wartości samoistne, które są dla nas ważne bez względu na to, że jest ich więcej czy mniej, lecz tylko dlatego, że zostały powołane do istnienia²⁰. Przy-

kładem wartości kumulatywnej jest wiedza, gdyż zawsze dodatnio ocenia się stan, w którym posiadamy więcej wiedzy, natomiast dzieła sztuki, gatunki zwierząt i ludzkie życie są wartościami samoistnymi świętymi i nienaruszalnymi.

Należy przy tym zaznaczyć, iż mimo że życie ludzkie jest wartością samoistną, to jego świętość może podlegać stopniowaniu. Dworkin proponuje bowiem, aby miarę świętości życia rozpatrywać, biorąc pod uwagę dwa elementy: (1) etap, na jakim życie się znajduje, oraz (2) stopień unicestwienia i zmarnowania wkładu natury lub ludzkiej inwestycji w to życie²¹. Unicestwienie jest mniejsze, gdy następuje, zanim dana osoba dokonała znaczącej inwestycji we własne życie lub wtedy, gdy inwestycja została już znacząco zwrócona. Zdaniem autora

Ken O'Day z powołaniem się na G.E. Moore'a wskazuje, iż niemożliwe jest, aby obiekt lub zjawisko posiadały wartość samoistną w danym rozumieniu, w pewnym momencie lub w określonych okolicznościach, a nie posiadały jej w innym czasie lub w innych okolicznościach. Podobnie wykluczone jest według niego posiadanie wartości samoistnej w różnym stopniu w różnych przedziałach czasowych lub w odmiennym otoczeniu zewnętrznym. Niemożliwe jest również, aby inny obiekt o identycznej naturze wewnętrznej posiadał odmienny stopień samoistnej wartości lub też nie posiadał jej w zupełności. Inaczej mówiąc: dla realisty wartości samoistne są niezależne od naszych przekonań i nastawień względem nich. Na przeciwnym biegunie mieści się rozumienie subiektywistyczne, zgodnie z którym wartość ma to, co jest pożądane. W tym ujęciu odrzuca się pozarelacyjne rozumienie wartości i przyjmuje się, że można cenić obiekt lub zjawisko dla nich samych. Pomiedzy tymi dwoma ekstremami plasuje się obiektywistyczna czy też konstruktywistyczna koncepcja wartości samoistnej. Zgodnie z tym ujęciem wartości są zależne od naszych kontrfaktycznych reakcji (przekonań, nastawień, wyborów) w określonych wyidealizowanych warunkach, a więc przy założeniu pełnej o nich informacji, świadomości innych możliwości, przy niezakłóconej racjonalności i spójności z innymi wartościami, przy założeniu obiektywnego punktu widzenia. Istotą rozumienia obiektywistycznego jest przyjęcie nie tyle, że samoistnie wartościowe są obiekty faktycznie uznawane za wartościowe dla nich samych, ale które byłyby wartościowe dla nich samych we właściwie wyznaczonych wyidealizowanych warunkach.

21 LD, s. 88.

17 LD, s. 71.

18 LD, s. 70.

19 LD, s. 73.

20 LD, s. 73 i n. Nie ulega wątpliwości, iż świętość czy też nienaruszalność wartości nie może oznaczać niemożności jej ograniczenia lub też poświęcenia na rzecz innej wartości w konkretnych okolicznościach. Zwraca na to trafnie uwagę K. O'Day w artykule *Intrinsic Value and Investment*, „Utilitas” 1999, vol. 11, nr 2, s. 197, przyp. 7. Warto dodać również, że autor ten wyróżnia trzy rozumienia wartości samoistnej: realistyczne, subiektywistyczne oraz obiektywistyczne; to ostatnie nazywa też konstruktywistycznym. Zgodnie z rozumieniem realistycznym obiekt lub zjawisko posiadają wartość samoistną, gdy są wartościowe same w sobie, tzn. zupełnie niezależnie od wszystkich swoich własności relacyjnych.

śmierć dorosłego człowieka wyda się w większości przypadków bardziej dotkliwa niż śmierć dziecka²².

Uprzedzając nieco uwagi krytyczne względem propozycji Dworkina, już w tym miejscu nie sposób nie zauważyć, iż jest to pogląd bardzo kontrowersyjny i z tego chociażby względu trudno uznać, aby

i że wniósł do debaty wokół tej kwestii wiele interesujących i pobudzających do myślenia idei. Nie oznacza to jednak, iż jego stanowisko jest wolne od usterek i uchyla się od możliwości postawienia krytycznych zarzutów.

Pierwszy zarzut, jaki można postawić teorii



Mimo że życie ludzkie jest wartością samoistną, to jego świętość może podlegać stopniowaniu.

mogły podzielić go obie strony sporu o aborcję²³. Dodatkowo podnieść warto, iż zaproponowana przez autora *Life's Dominion* teoria czy też metafora inwestycyjnego wkładu skłania, żeby myśleć o ludzkim życiu lub ludzkich relacjach jako inwestycjach, które można rozpoczynać tylko wtedy, gdy przewidywane korzyści z nich płynące będą przekraczać wartość poniesionych kosztów. Takie postawienie sprawy nie wydaje się zgodne nawet z tradycją liberalną, która jest bliska Dworkinowi, a która nakazuje traktować jednostki ludzkie jako cele same w sobie, a nie jako środki do jakiś innych celów. Jak wskazuje Daniel Greenwood, po doświadczeniach II wojny światowej przynajmniej liberałowie winni unikać sądów określających, które życia ludzkie są warte zachowania, a które nie²⁴.

II. Krytyka koncepcji Ronalda Dworkina

Przedstawienie propozycji teoretycznych Dworkina dowiodło, jak się zdaje, iż filozof ten potrafił rzucić nowe światło na problematykę tak uwikłaną w przeciwstawne opinie i ostre spory jak aborcja

Dworkina, dotyczy nie do końca adekwatnego zaprezentowania stanowiska strony konserwatywnej. Jak zostało wskazane powyżej, autor *Life's Dominion* uważa, iż uczestnicy tej strony debaty nie myślała tego, co deklaruja, a mianowicie, że płód rzeczywiście jest osobą posiadającą uprawnienia, gdyż dopuszczają wyjątki od zakazu aborcji. Problem z takim postawieniem sprawy polega na tym, iż od wskazania niespójności poglądów jakiejś osoby do wykazania, że wyznaje ona w rzeczywistości inny pogląd, droga wcale nie jest taka łatwa. Jak słusznie podnosi Robert Baird, czasem po prostu tak się zdarza, że jednostki żywią sprzeczne sądy²⁵. A zatem zamiast nietrafnie mówić, że zwolennicy ruchu *pro-life* tak naprawdę nie uważają, iż płód jest osobą posiadającą uprawnienia, bardziej prawidłowe wydaje się skonstatowanie zaistniałej niespójności i domaganie się jej wyeliminowania. Warto też wskazać, iż zakres niespójności poglądów strony konserwatywnej wydaje się nie tak szeroki, jak chciałby tego Dworkin. O ile bowiem przyzwolenie na dokonanie aborcji w sytuacji, gdy ciąża jest wynikiem gwałtu lub kazirodztwa, jest niespójne z przyznawaniem

22 Tamże.

23 Trudno oprzeć się wrażeniu, iż Dworkin przyznaje płodowi status w pewnym sensie pośredni, tzn. bytu będącego mniej niż wyposażoną w pełnię uprawnień osobą, a jednocześnie więcej niż rzeczą w zupełności pozbawioną moralnej wartości.

24 D.J.H. Greenwood, *Beyond Dworkin's Dominions: Investments, Membership, the Tree of Life, and the Abortion Debate*, „Texas Law Review” 1994, vol. 72, s. 598.

25 R.M. Baird, *Dworkin...*, dz. cyt., s. 762. Podobnie uważa D.J.H. Greenwood, podnosząc dodatkowo argument z nauk ścisłych: w matematyce, gdzie wewnętrzna spójność jest w bardziej widoczny jeszcze sposób istotną wartością niż w moralności czy prawie, Kurt Goedel wykazał, iż system nie może być jednocześnie spójny i kompletny – czasem ważniejsze jest, aby był on kompletny. Szerzej zob. D.J.H. Greenwood, *Beyond Dworkin's Dominions...*, dz. cyt., s. 576.

plodowi statusu osoby z uprawnieniami, to już takie przyzwoleństwo w sytuacji zagrożenia życia matki nie wydaje się tak oczywiście niespójne, gdyż w takim przypadku pod rozważę muszą zostać wzięte być może silniejsze interesy i uprawnienia ciężarnej kobiety²⁶.

Drugim zagadnieniem, na które należy wskazać, związanym z powyższym, jest Dworkinowska zbyt restrykcyjna koncepcja uprawnień i nieuwzględnienie, iż z uprawnieniami skorelowane mogą być również obowiązki. W szczególności Dworkin zakłada bowiem, iż posiadanie uprawnienia do życia jest niestopniowalne, tzn. albo uprawnienie to przysługuje określonej bytowi prawnemu, albo mu nie przysługuje. W takiej koncepcji, którą można nazwać konstrukcją uprawnienia według schematu „wszystko albo nic”, płód nie posiada prawa do życia, gdyż przyznanie takiego prawa wymusiłoby nieograniczony obowiązek państwa ochrony życia płodu przed wszelkim zagrożeniem i ingerencją, nie wyłączając praw ciężarnej matki²⁷. Tymczasem poprawne ujęcie uprawnienia do życia winno uwzględniać możliwość jego wyważania i balansowania, a więc spełnienia w mniejszym lub większym stopniu.

Ten brak znuansowania i wrażliwości na szczególności w kwestii aborcji uwyraźnia się w niezauważeniu przez Dworkina, iż systemy prawne przyznają uprawnienia podmiotom, które nie są zdolne do odczuwania bólu i cierpienia. Jeśli uznać, iż osoby prawne, a nawet jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, takie jak niektóre spółki prawa handlowego, mogą posiadać interesy, a przez to również uprawnienia, to pod dużym znakiem zapytania pozostaje usilne naleganie przez autora *Life's Dominion*, aby wyłączyć spod ochrony

prawnej ludzkie zarodki, niezdolne do życia poza organizmem matki²⁸. Odnośnie stwierdzenia Dworkina, iż określony byt nie może posiadać interesów, a przez to być podmiotem uprawnień, jeśli nie posiada świadomości, można podnieść, że uprawnienia przysługujące osobom dorosłym nie zostają osłabione lub pomniejszone, gdy osoby te są zmęczone lub zwyczajnie pozostają we śnie. Ze stanowiska autora *Life's Dominion* zdaje się też wynikać, iż nie byłoby nic niewłaściwego w lekkomyślnym zabijaniu istot pozbawionych świadomości, takich jak rośliny czy też insekty.

W tym kontekście wypada dodać, iż jeśli przez samoświadomość rozumie się uprzytomnienie sobie własnego istnienia, jak również swego otoczenia, to taki stan odnieść można do jakiegokolwiek formy życia. W szczególności, by użyć przykładów Dworkina, nawet marchewka czy też gąsienica, która ma stać się motylem²⁹, reagują na bodźce z otoczenia, gdy ich wzrost lub rozwój są zagrożone, a więc są do pewnego stopnia wyposażone w świadomość. Tym bardziej więc zygoty czy też embriony, tak jak marchewka lub gąsienica, mają świadomość – nawet na gruncie Dworkinowskich założeń³⁰.

28 W tym kontekście nie sposób nie podnieść, iż nawet jeśli uznać, że płód nie jest osobą w rozumieniu prawa konstytucyjnego, to nie może to stanowić argumentu decydującego za odmową przyznania mu prawnej ochrony. Jak poucza historia Stanów Zjednoczonych, jeszcze dwieście lat temu niewolnicy również nie byli uznawani za osoby w świetle prawa, co przecież nie było sprawiedliwe i zgodne z obiektywnym porządkiem moralnym. Por. J. Teichman, *What is sacred? Ronald Dworkin & his answers*, „New Criterion” 1993, vol. 12, nr 3, s. 9. Niejako na marginesie wypada dodać, iż autor ten wytyka Dworkinowi przyjęcie kontrowersyjnej koncepcji prawdziwości, zgodnie z którą prawdziwe jest to, co większość ludzi myśli: Dworkin bowiem, jak zauważa Teichman, wielokrotnie posługuje się zwrotami typu „większość ludzi”, „powiedziałibyśmy, że”, „bylibyśmy zakłopotani”, „wzbudziłoby to w nas oburzenie”, „czulibyśmy się rozgoryczeni”, a także, krytykując poglądy oponentów, używa sformułowań „bardzo niewielu ludzi”, bądź określa ich poglądy jako „dziwne i niepopularne”.

29 LD, s. 16.

30 R. Stith, *On Death and Dworkin: A Critique of His Theory of Inviolability*, „Maryland Law Review” 1997, vol. 56, nr 2, a. 304 i n. Podobną wątpliwość podnosi J. Keown, wskazując, iż płód

26 Na marginesie nie sposób też nie zauważyć, iż wbrew temu, co twierdzi Dworkin, nie wszyscy wyznawcy ruchu *pro-choice* traktują ludzkie życie jako święte i nienaruszalne. Ma to miejsce wtedy zwłaszcza, gdy proklamowanie przez nich świętości życia idzie w parze z dopuszczeniem aborcji z niedostatecznie ważnych powodów.

27 L.E. Trakman and S. Gatién, *Abortion Rights: Taking Responsibilities More Seriously Than Dworkin*, „Smullyan Law Review” 1995, vol. 48, s. 598.

Wątpliwości budzi też sposób rozłączenia trzech rodzajów wartości, jakie wyróżnia Dworkin, a jest to przecież trzon jego propozycji. Problematyczność ujawnia się tu szczególnie w obszarze praktycznego zastosowania zaproponowanej dystynkcji. Jeśli bowiem przyjrzyć się bliżej charakterowi pragnienia, jakie żywić mogą rodzice względem posiadania kolejnego dziecka, a więc względem następnego życia ludzkiego, to przecież nie można wykluczyć, iż będą

jak aborcja, prawa zwierząt czy sprawy ochrony środowiska, które dotyczą samoistnych wartości (*intrinsic values*), a w których brak jest możliwości odwołania się do powszechnie dostępnych standardów sprawiedliwości oraz kryteriów prawdziwości, osoby tworzące prawo i prawo stosujące, w tym sędziowie, powinni mieć możliwość odwołania się do przekonań religijnych³². Ta uwaga wydaje się trafna, zwłaszcza jeśli zważy, iż daleka jest droga od



Daleka jest droga od oparcia określonej decyzji prawnej na przesłance religijnej do ustanowienia jednego z wyznań religijnych za panujące w państwie.

oni cieszyć się tym życiem w sposób odpowiadający definicji wartości subiektywnej. Zależność ta zachodzi również w drugą stronę: niektórzy rodzice mogą obawiać się nowego życia z równie subiektywnych racji – czy to sposobu poczęcia, czy zdiagnozowanych uszkodzeń płodu, czy też chociażby z powodu płci dziecka³¹. Podobne rozumowanie można wysunąć odnośnie instrumentalnego charakteru wartości ludzkiego życia, gdyż kwestie tego, czy rodzina może sobie pozwolić finansowo na pierwsze czy następne dziecko, mieszczą się przecież wśród aspektów związanych z tym wymiarem wartości.

Dość kontrowersyjny i nie do końca przekonujący jest sformułowany przez Dworkina zakaz opierania na przekonaniach religijnych decyzji politycznych dotyczących wspólnoty. Jak interesująco za Kentem Greenawaltem zauważają John C. McCaffrey oraz Julie Novkov, rozstrzyganie o trudnych sprawach,

oparcia określonej decyzji prawnej na przesłance religijnej do ustanowienia jednego z wyznań religijnych za panujące w państwie. Dodatkowo wskazać należy, iż zarzut ten można poszerzyć, zauważając, że państwo często staje się stroną w sporach o samoistne wartości o takim charakterze i poprzez prawo stara się je regulować³³. Tym samym pod znakiem zapytania staje realizacja zamiaru R. Dworkina do-

32 J.C. Mc Caffrey, J.Novkov, *The Emperor Wears no Clothes.*

Life's Dominion and Dworkin's Integrity. Book Review, „Review of Law and Social Change”, 1993–94, vol. 21, s. 212. Dodatkowo nadmienić warto, iż autorzy ci uznają Dworkinowskie ujęcie samoistnych wartości za zbyt szerokie, gdyż niemal wszystko posiada potencjał, by stać się taką wartością. Trudno odmówić słuszności tej tezie, jeśli zważy się, że dla Dworkina sztuka i artefakty kulturowe są wartościowe wewnętrznie, ponieważ stanowią efekt kreacji artystycznej; podobnie zagrożone gatunki są wartościowe samoistnie, gdyż otaczamy szacunkiem procesy przyrodnicze lub pozanaturalne, które doprowadziły od powstania tych gatunków. W ten sposób trudno wyobrazić sobie istniejący obiekt, który nie byłby wytworem jednego z tych procesów: ludzkiego, przyrodniczego lub ponadnaturalnego.

33 Tak też L. Barclay, *Rights, intrinsic values and the politics of abortion*, „Utilitas” 1999, vol. 11, s. 228.

posiada tę samą możliwość, a nawet zdolność do posiadania uczuć i emocji na etapie poczęcia, jak i późniejszym etapie ciąży, J. Keown, *Book Review*, „The Law Quarterly Review” 1994, vol. 110, s. 675.

31 N. Brett, *Taking Rights Too Seriously (Critical Notice)*, „Canadian Journal of Philosophy” 1996, vol. 26, nr 1, s. 155.

konania strukturalnej zmiany terminologii i przeformułowania sporu o aborcję w batalię opartą na względach oderwanych (pochodnych), a nie na podziale pomiędzy zwolenników praw reprodukcyjnych i zwolenników uprawnień *conceptusa*. Staje się to szczególnie widoczne, jeśli uprawnienia traktowane są jako wyraz interesów mających ugruntowanie w wartościach. Nie można bowiem wykluczyć, że spierający się o istnienie uprawnień płodu mogą różnić się również w kwestii samoistnej wartości życia: to oznacza, że debata wokół wartości samoistnych może być debatą o uprawnieniu³⁴.

Wspomnieć należy kwestię ważną, aczkolwiek pominiętą w rozważaniach Dworkina, a mianowicie sposób argumentacji, jaki może wspierać stanowisko strony konserwatywnej, odwołując się do pojęciowych narzędzi sformułowanych przez Johna Rawlsa jako „zasłona niewiedzy” oraz „refleksyjna równowaga”³⁵. W refleksyjnej równowadze chodzi o pogodzenie konkretnych przekonań na temat poprawnego rozstrzygnięcia – w konkretnej sytuacji dylematu moralnego – z teoretycznymi zasadami moralnymi przywoływanymi jako wsparcie tych przekonań³⁶. Zasłona niewiedzy ma natomiast sprzyjać wypracowaniu takich zasad kierowania społeczeństwem, które będą korzystne dla najmniej uprzywilejowanych, a tym samym nie będą faworyzowały jednej z grup lub nawet pojedynczej jed-

nostki w sposób, który byłby niesprawiedliwy; fakt, iż zasady mające obowiązywać w społeczeństwie i państwie są przyjmowane przez umawiające się strony w sytuacji niewiedzy o własnym usytuowaniu w ich ramach, ma zapewnić, że będą one działały na rzecz najsłabszych³⁷. Przedstawiciele ruchu *pro-life* dla zdyskwalifikowania aborcji mogą zatem powoływać się na Rawlowską „zasłonę niewiedzy”, argumentując, że nikt nie chciałby znaleźć się po zdjęciu owej zasłony na miejscu płodu mającego ulec usunięciu: mogą też twierdzić, że życie raz rozpoczęte winno trwać jak najdłużej.

W tym kontekście warto podnieść, iż właściwszym podejściem wydaje się daleko posunięta ostrożność w kwestii dopuszczalności aborcji i przyjęcie swojej wskazówki interpretacyjnej nakazującej powstrzymanie się od intencjonalnego unicestwienia ludzkiego życia, które potencjalnie może odczuwać ból, nawet jeśli nie posiadamy dostatecznych danych świadczących o tym, iż posiada ono uprawnienia.

Zaprezentowana grupa uwag krytycznych względem koncepcji R. Dworkina nie oznacza, że stanowisko zwolenników strony konserwatywnej jest pozbawione kontrowersji. Najpoważniejszą z nich jest wciąż brak jasnego i precyzyjnego określenia początku ludzkiego życia. Nie chodzi tutaj oczywiście o często spotykane twierdzenie, iż życie rozpoczyna się od poczęcia. Zdaniem wielu autorów poczęcie nie jest zdarzeniem jednoetapowym, lecz procesem³⁸. Rozstrzygnięcie kwestii początku ludzkiego życia posiada niezwykle istotne znaczenie, gdyż przekłada się w sposób bezpośredni na kwestię niebagatelną przecież, a mianowicie dopuszczalność stosowania środków antykoncepcyjnych³⁹.

37 J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości...*, dz. cyt., s. 190 i n.

38 Interesująco pisze na ten temat, z powołaniem się na literaturę fachową, J. Różyńska, *Od zygoty do osoby...*, dz. cyt., s. 57 i n. Autorka wskazuje, iż „zapłodnienie jest złożonym procesem, którego koniec wyznacza początek drogi rozwojowej *conceptusa*” (s. 74). Podobne wątpliwości odnośnie momentu zapłodnienia formułuje M. Rutkowski, *Kiedy powstaje istota ludzka? Aborcja i doświadczenia na zarodkach*, Kraków 2013, s. 22, 50 i 68.

39 Podnosi to sam Dworkin, argumentując, iż aborcja nie może być oddzielona od antykoncepcji nawet pod względem medycznym, gdyż popularne tabletki antykoncepcyjne działają jak środki poronne, doprowadzając do zniszczenia

34 L.E. Trakman, S. Gatien, *Rights and Values in the Abortion Debate: A Rights Metamorphosis*, Windsor „Yearbook of Access to Justice” 1994, vol. 14, s. 429. Stanowisko to wydaje się dodatkowo wsparte założeniem, iż przekonanie o świętości życia nie jest niezgodne z koncepcją uprawnień, gdyż łatwo wyobrazić sobie zwolennika strony konserwatywnej (*pro-life*) utrzymującego, że płód posiada uprawnienia i że życie ludzkie jest święte: nie ma przecież sprzeczności w twierdzeniu, iż płód posiada uprawnienia, gdyż życie ludzkie jest święte.

35 Trafnie zwraca na to uwagę w swoim artykule T. Stacy, *Reconciling Reason and Religion: On Dworkin and Religious Freedom*, „The George Washington Law Review” 1994, vol. 63, nr 1, s. 30 i n. Tak też F.M. Kamm, *Abortion and the Value of Life: A Discussion of Life's Dominion*, „Columbia Law Review” 1995, vol. 95, nr 1, s. 199 i n.

36 J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994, s. 70 i n. Por. tenże, *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 2012, s. 38.

Druga uwaga ma charakter bardziej społeczny i odwołuje się do uwarunkowań systemowych, w których funkcjonują jednostki – dotyczy obowiązków państwa względem nich. Należy bowiem podnieść, iż zamiast czynić aborcję trudną lub niemożliwą do przeprowadzenia, a w każdym razie jako jedną z poważnie rozważanych opcji, państwo winno zachęcać kobiety do wybierania macierzyństwa

też lepiej jest przedstawiać ją w postaci swoistego „kontinuum perspektyw”, poczynwszy od poglądu skrajnie liberalnego, broniącego aborcji na żądanie z każdego powodu i w każdym stadium rozwoju płodu ludzkiego, a skończywszy na odrzucającym aborcję w jakichkolwiek okolicznościach, nawet dla ratowania życia matki⁴⁰. Widziane w tej perspektywie zagadnienie przerywania ciąży uzmysławia, iż



Zamiast czynić aborcję trudną lub niemożliwą do przeprowadzenia, a w każdym razie jako jedną z poważnie rozważanych opcji, państwo winno zachęcać kobiety do wybierania macierzyństwa poprzez na przykład szeroko zakrojone akcje społeczne wspierające ich wybór za życiem i wspomagające proces wychowania dzieci.

poprzez na przykład szeroko zakrojone akcje społeczne wspierające ich wybór za życiem i wspomagające proces wychowania dzieci. Bez takich działań afirmatywnych stosowanie sankcji karnych wydaje się nie tylko nieskuteczne i nierozsądne, ale też i niesprawiedliwe.

III. Podsumowanie

Nawet pobieżna analiza pozwala zauważyć, że na problem aborcji patrzy się zazwyczaj w sposób antagonistyczny, wyróżniając dwa zwalczające się ugrupowania: z jednej strony przeciwników aborcji, zwanych ruchem *pro-life*, a z drugiej jej zwolenników, skupionych w obozie *pro-choice*. Jak jednak ciekawie zauważa R. Baird, skrajne stanowiska w tej materii spotkać można stosunkowo rzadko i dlatego

niewiele jest osób wyznających stanowiska po obu stronach intelektualnych ekstremów, co prowadzi w następstwie do zmiany sposobu rozważania problemu aborcji: zamiast formułowania kategorycznych wniosków za jej dopuszczalnością lub zakazem można podjąć debatę o warunkach jej moralnej akceptowalności i zasadności oraz prawnej dopuszczalności⁴¹, przy czym należy pamiętać o tym, iż trudno jest uznawać poczęte dziecko za agresora⁴².

Co prawda Dworkin na poziomie ogólnym ma rację, pisząc, iż państwo nie powinno dyktować swoim obywatelom, co mają myśleć w kwestiach ostatecznego celu i wartości ludzkiego życia, a także

zapłodnionej komórki jajowej, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously in the Abortion „Case, Ratio Juris”* 1990, vol. 3, nr 1, s. 73.

40 R.M. Baird, *Dworkin...*, dz. cyt., s. 754.

41 Tamże.

42 T. Ślipko, *Współczesna debata nad ustawą o aborcji* (w:) T. Ślipko, M. Starowieyski, A. Muszala, *Aborcja. Spojrzenie filozoficzne, teologiczne, historyczne i prawne*, Kraków 2010, s. 89.

jak ta wartość winna być respektowana⁴³, jednakże jego błąd polega na nadmiernym uogólnieniu i niewzięciu pod uwagę wielu dodatkowych czynników i okoliczności, które tak kategoryczną ocenę mogą zmieniać i na nią wpływać. Takimi dodatkowymi czynnikami są na przykład okoliczności zajścia

lecz nie przypisuje tym dodatkowym, konkretnym okolicznościom należnej im wagi⁴⁵.

Dlatego też najwłaściwsze wydaje się stanowisko, które można określić mianem kontekstualizmu etycznego – inna będzie ocena sytuacji, gdy ciąża zagraża egzystencji matki, a jednocześnie płód,



Intymna relacja między matką a dzieckiem narodzonym czy tylko poczętym jest zupełnie wyjątkowa i nieporównywalna z żadną inną zależnością – jest relacją *sui generis* – i może podlegać ocenie tylko przez pryzmat swojej unikalności i неповtarzalności.

w ciąży, stan jej zaawansowania, stopień zagrożenia dla życia matki kontynuowaniem ciąży, zdolność płodu do przeżycia poza organizmem matki, czy wreszcie możliwość lub brak możliwości uratowania dziecka wraz z matką w wyniku określonego zabiegu medycznego. Dworkin wydaje się *prima facie* świadom, iż konkretne okoliczności mogą mieć znaczenie dla oceny określonego zachowania, gdy wskazuje na dwa sposoby ujmowania uprawnień przyznawanych jednostkom w ustawach konstytucyjnych i wymienia postrzeganie tych ustaw jako opartych na zasadach albo opartych na szczegółach⁴⁴,

43 LD, s. 164–165.

44 Ujmowanie konstytucji jako opartej na szczegółach (*a detailed view of the Constitution*) polega na interpretowaniu jej postanowień w świetle intencji legislatorów i przejawia się w przyznawaniu jednostkom tylko tych uprawnień, które są zgodne z tymi intencjami, czyli są zgodne z oczekiwaniami osób, które głosowały za określonym postanowieniem. Natomiast postrzeganie konstytucji jako opartej na zasadach (*a principled view of the Constitution*) polega na przyjęciu, iż uprawnienia jednostek są zakotwiczone w abstrakcyjnych sformułowaniach nakazujących rządowi ich respektowanie, ale ich konkretny kształt i treść są pozostawione do sprecyzowania urzędowi i sądom – LD, s. 119.

nawet uratowany, nie będzie miał szans przeżycia poza jej organizmem, a inne zapatrywanie będzie mona przyjąć, gdy do życia poza organizmem matki płód byłby zdolny⁴⁶. Elementem stanowiska kontekstualistycznego jest przypomnienie, iż „nikt nie jest samotną wyspą”, lecz „zmuszony” jest wchodzić w interakcje społeczne. Jedną ze szczególnych ta-

45 Te właśnie wzięte pod rozwagę dodatkowe okoliczności, w tym nacisk silnych czynników zewnętrznych, mogą doprowadzić do oceny, iż odpowiedzialność moralna i prawna ciężarnej kobiety za usunięcie ciąży będzie zmniejszona lub w ogóle wyłączona, gdyż jej decyzja nie będzie mogła być uznana za dobrowolną, a przez to uchylać się będzie spod kryterium dobra i zła moralnego. Tak T. Ślipko, *Współczesna debata...*, dz. cyt., s. 64.

46 Jak wskazują J.C. McCaffrey oraz J. Novkov, płody są same w sobie zasadniczo moralnie równe i płód poczęty wskutek aktu gwałtu nie różni się w sferze moralnej od płodu poczętego wskutek sztucznego zapłodnienia. Por. J.C. McCaffrey, J. Novkov, *The Emperor Wears no Clothes. Life's Dominion and Dworkin's Integrity. Book Review*, „Review of Law and Social Change” 1993–94, vol. 21, s. 206. Autorzy ci podnoszą niezwykle istotną kwestię, gdyż nikt rozsądny nie podważałby prawa do życia osoby dorosłej, nawet jeśli została poczęta w wyniku niedobrowolnego aktu płciowego.

kich interakcji jest zwłaszcza relacja intymna między dwojgiem ludzi, a wśród nich powiązanie między matką a jej dzieckiem, zarówno narodzonym, jak i poczętym. Ta relacja jest zupełnie wyjątkowa i nieporównywalna z żadną inną zależnością – jest relacją *sui generis* – i może podlegać ocenie tylko przez pryzmat swojej unikalności i niepowtarzalności. Jakikolwiek porównania i formułowane na ich podstawie oceny muszą być dokonywane z dużą powściągliwością i daleko posuniętą ostrożnością. Można nawet powiedzieć, że proponowane w literaturze przedmiotu analogie są nieuprawnione i nie powinny być forsowane. Dzieje się tak właśnie z uwagi na wyjątkowy charakter relacji łączącej dziecko i jego rodziców.

Bibliografia

- Baird R.M., *Dworkin, Abortion, Religious Liberty, and the Spirit of Enlightenment*, „Journal of Church and State” 1995, vol. 37, nr 4.
- Barclay L., *Rights, intrinsic values and the politics of abortion*, „Utilitas” 1999, vol. 11.
- Bradley G.V., *Life's Dominion: A Review Essay*, „Notre Dame Law Review” 1993, vol. 69, nr 2.
- Brett N., *Taking Rights Too Seriously (Critical Notice)*, „Canadian Journal of Philosophy” 1996, vol. 26, nr 1.
- Capron A.M., *Life's Sacred Value – Common Ground or Battleground?*, „Michigan Law Review” 1994, vol. 92.
- Dworkin R., *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, 1993.
- Dworkin R., *Religia bez Boga*, przeł. B. Baran, Warszawa 2014.
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously in the Abortion „Case*, *Ratio Juris*” 1990, vol. 3, nr 1.
- Dworkin R., *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*, „The University of Chicago Law Review” 1992, vol. 59.
- Galeza D., *Dworkin's Argument on Abortion*, „The King's Student Law Review” 2014, vol. 5, nr 2.
- Greene A.S., *Uncommon Ground*, „The George Washington Law Review” 1994, vol. 62, nr 4.
- Greenwood D.J.H., *Beyond Dworkin's Dominions: Investments, Membership, the Tree of Life, and the Abortion Debate*, „Texas Law Review” 1994, vol. 72.
- Kamm F.M., *Abortion and the Value of Life: A Discussion of Life's Dominion*, „Columbia Law Review” 1995, vol. 95, nr 1.
- Keown J., *Book Review*, „The Law Quarterly Review” 1994, vol. 110.
- McCaffrey J.C. i Novkov J., *The Emperor Wears no Clothes. Life's Dominion and Dworkin's Integrity. Book Review*, „Review of Law and Social Change”, 1993–94, vol. 21.
- O'Day K., *Intrinsic Value and Investment*, „Utilitas” 1999, vol. 11, nr 2.
- Perry M.J., *The Gospel According to Dworkin*, „Constitutional Commentary” 1994, vol. 11.
- Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Paśek, A. Romaniuk, Warszawa 1994.
- Rawls J., *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 2012.
- Różyńska J., *Od zygoty do osoby. Potencjalność, identyczność i przerywanie ciąży*, Gdańsk 2008.
- Rutkowski M., *Kiedy powstaje istota ludzka? Aborcja i doświadczenia na zarodkach*, Kraków 2013.
- Stacy T., *Reconciling Reason and Religion: On Dworkin and Religious Freedom*, „The George Washington Law Review” 1994, vol. 63, nr 1.
- Stith R., *On Death and Dworkin: A Critique of His Theory of Inviolability*, „Maryland Law Review” 1997, vol. 56, nr 2.
- Ślipko T., *Współczesna debata nad ustawą o aborcji (w:) T. Ślipko, M. Starowieyski, A. Muszala, Aborcja. Spojrzenie filozoficzne, teologiczne, historyczne i prawne*, Kraków 2010.
- Teichman J., *What is sacred? Ronald Dworkin & his answers*, „New Criterion” 1993, vol. 12, nr 3.
- Trakman L.E., Gatien S., *Abortion Rights: Taking Responsibilities More Seriously Than Dworkin*, „Smullyan Law Review” 1995, vol. 48.
- Trakman L.E., Gatien S., *Rights and Values in the Abortion Debate: A Rights Metamorphosis*, „Yearbook of Access to Justice”, Windsor 1994, vol. 14.

Specyfikacja: prawo rzymskie, współczesne kodyfikacje i ekonomiczna racjonalność



Jan Rudnicki

Adiunkt w Zakładzie Europejskiej Tradycji Prawnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół problematyki tradycji, aksjologii i roli w systemie poszczególnych instytucji prawa prywatnego i wywodzących się z nich instytucji prawa międzynarodowego. Przedmiotem jego studiów są również zagadnienia z pogranicza prawa publicznego oraz doktryn politycznych i prawnych.

Specification: Roman Law, Modern Codification and Economical Rationality

Original modes of acquisition, including specification, are nowadays far from being in the centre of lawyers' attention. Even the regulations concerning specification in modern civil codes are rather laconic, although the problem they are supposed to deal with is of a rather complex nature. Yet some quite recent cases prove that the problem of creating a new thing is actual and may cause further confusion, especially due to the constant development and emergence of new processing technologies. After determining whether specification has taken place, we should answer the more obvious question if it has resulted in acquisition of ownership of the new thing by the processor. The variety of answers offered by Roman sources and present civil codes is surprisingly wide. Comparing to rather simple Roman propositions, modern regulations seem to be too complex and problematic to apply in practice. This observation leads to a conclusion that the simplicity of Roman solutions is their main advantage and makes them worth considering as the optimal option.

Problematyka pierwotnych sposobów nabycia własności zdaje się mieć obecnie – za wyjątkiem zapewne zasiedzenia¹ – dość marginalne znacze-

nie praktyczne. Znajduje to bez

wskazujące na jego „pośredni charakter” pomiędzy nabyciem pierwotnym a pochodnym. Patrz T. Giaro (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 404–405; J.S. Piąkowski (w:) W. Czachórski (red.), *System prawa cywilnego*, t. 2, *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, Ossolineum 1977, s. 203.

1 W tym miejscu należy oczywiście poczynić istotne zastrzeżenie, że mimo generalnego zaliczenia zasiedzenia przez cywilistykę europejską do pierwotnych sposobów nabycia własności, wykazuje ono również – zwłaszcza w prawie rzymskim – pewne cechy

wątpienia oddźwięk w polskim ustawodawstwie. Przepisy dotyczące nabycia własności znaleźć można w dziale III księgi drugiej kodeksu cywilnego² (dalej: k.c.). O ile przeniesieniu własności i zasiedzeniu poświęcone są osobne rozdziały, o tyle wszystkie inne sposoby nabycia własności wrzucone zostały do wspólnego worka pt. „Inne wypadki nabycia i utraty własności”, co pośrednio może wskazywać na ich rangę w obrocie zarówno pięć dekad temu, gdy kodeks wchodził w życie, jak i obecnie. Niemniej jednak warto cały czas przyglądać się tym

odnoszącej się do przetworzenia (specyfikacji): sposobu nabycia własności, wzbudzającego duże kontrowersje już od czasów rzymskich i do dzisiejszego dnia zaskakująco dalekiego od pełnego opracowania. Sytuacja ta ma miejsce, mimo iż – jak zauważył prof. Alan Watson, badacz prawa funkcjonujący dosłownie na pograniczu wszystkich istniejących tradycji zaliczanych do europejskiej cywilizacji prawnej – dyskusje o specyfikacji, które zaczęły się już w Rzymie, były przede wszystkim wyrazem rzymskiego upodobania do stawiania sobie pytań praw-



Można czasami odnieść wrażenie, że specyfikacja istnieje dziś tylko jako problem teoretyczny rozważany podczas studiów prawniczych.

problemom, starym jak europejskie prawo prywatne, co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, ich dość lakoniczne potraktowanie, w przepisach zarówno polskiego, jak i innych kodeksów cywilnych, pozostawia spore pole do manewru dla teoretyka prawa cywilnego. Po drugie, istnieje co najmniej kilka stosunkowo nowych kasusów pokazujących, że do powołania argumentów odnoszących się do pierwotnych sposobów nabycia własności może dojść w bardzo zaskakujących kontekstach. W konsekwencji więc – jak to zresztą generalnie z prawem bywa – nigdy nie wiadomo, kiedy rozważania „czysto teoretyczne” znajdą praktyczne zastosowanie w bardzo konkretnym, praktycznym przypadku.

Celem niniejszego opracowania jest zatem rozwinięcie dosyć ubogiej dotychczas polskiej doktryny³

nych i mnożenia wątpliwości⁴, a to nie jest przecież obce i współczesnym jurystom. Mimo to można czasami odnieść wrażenie, że specyfikacja istnieje dziś tylko jako problem teoretyczny rozważany podczas studiów prawniczych. Każdemu adeptowi prawa, który choć minimalnie przykładał się do prawa rzymskiego, na pewno znana jest jedna z kontrowersji pomiędzy szkołami sabiniańską a prokuliańską dotycząca właśnie tego, czy i kiedy przetworzenie prowadzi do zmiany stosunków własnościowych. Z oczywistych przyczyn dydaktyka prawa rzymskiego znacznie upraszcza jednak to zagadnienie, choć jego szersze wykorzystanie do trenowania umiejętności argumentacji przyszłych prawników zdaje się zasadne. Mniej oczywiste są jednak przyczyny ubogości refleksji nad tym problemem we współczesnej doktrynie cywilistycznej, gdyż chwilowy brak zainteresowania tematem ze strony praktyki stosowania prawa nie oznacza przecież automatycznie, że nie zyska on kiedyś nowej aktualności. Dowodzą

2 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 121 z późn. zm.).

3 Poza przywoływanymi w dalszej części artykułu fragmentami z komentarzy oraz literaturą z zakresu historii prawa nie istnieje w zasadzie żadne szersze opracowanie tematu przetworzenia na gruncie polskiego prawa cywilnego. Ów brak zainteresowania ze strony doktryny wynika zapewne przede wszystkim z nikłego znaczenia praktycznego tego

tematu, wyrażającego się brakiem jakiegokolwiek istotnego orzecznictwa sądowego.

4 A. Watson, *Roman Law and Comparative Law*, Athens (Georgia) 1991, s. 47–48.

tę bez wątpienia konkretne przypadki z praktyki, które zostaną przeanalizowane w dalszej części artykułu. Zarówno one, jak i przywoływane rozwiązania prawne pochodzą z różnych systemów prawnych, zarówno z zakresu kontynentalnego prawa cywilnego, jak i prawa anglosaskiego oraz systemu mieszanego, którym jest prawo szkockie. Owa różnorodność tym bardziej dowodzi, że zagadnienie specyfikacji ma charakter uniwersalny. Tym bardziej więc zaniechanie to, popełniane przez współczesną polską doktrynę cywilistyczną, wobec lakoniczności kodeksowych regulacji może w pewnych sytuacjach okazać się niełatwe. W dalszej części artykułu poruszone zostaną więc kluczowe kwestie składające się na zagadnienie specyfikacji. Nacisk położony zostanie przede wszystkim na podkreślenie różnorodności przeszłych i obecnych rozwiązań prawnych oraz na dociekanie ich aksjologicznych przyczyn. Ta analiza pozwoli na koniec postawić pytania zarówno o optymalny kształt prawnej regulacji przetworzenia, jak i o wynikający z przedstawionych zagadnień generalny problem przyczyny tak odmiennego odpowiadania na proste z pozoru pytania przez poszczególne ustawodawstwa.

1. *Nova species*

Aby lepiej uświadomić sobie złożoność zagadnienia kryjącego się za na ogół bardzo prostymi przepisami poświęconymi specyfikacji, warto sięgnąć do autorów dziś już klasycznych. Wybitny polski cywilista Ernest Till, autor pierwszego w historii imperium Habsburgów systemowego opracowania austriackiego prawa prywatnego, wskazał, że „przerobieniem jest to w ogólności czynność ludzka polegająca na nadaniu istniejącej rzeczy zmysłowej nowych kształtów, co może nastąpić z zachowaniem istoty i przeznaczenia rzeczy albo też doprowadzić do zmiany tejże istoty i przeznaczenia. Przerobieniem w technicznym znaczeniu jest jedynie takie, które prowadzi do zmiany istoty lub przeznaczenia rzeczy. Czy zaś tak się rzecz ma, oceniać należy podług zapatrywań obrotu”⁵. Innymi słowy można

powiedzieć, że według Tilla specyfikacja zachodzi wówczas, kiedy według wymogów obrotu nowo powstała rzecz jest ze swej istoty różna od materiału, z którego została wykonana i różna jest jej przeznaczenie. Lwowski profesor sformułował zatem odpowiedź na pytanie, od którego należy zacząć jakiegokolwiek szersze rozważania dotyczące przetworzenia, a które współcześnie w zasadzie nie jest stawiane. Mało tego – można również stwierdzić, że takie pytanie, a tym bardziej odpowiedź, nie zostały jednoznacznie sformułowane ani w źródłach rzymskich, ani we współczesnych kodyfikacjach cywilnych.

Rzymianie, rzecz jasna, podchodzili do zagadnienia specyfikacji z właściwą sobie kazuistyką i zachowane źródła nie tylko nie zawierają żadnego generalnego stwierdzenia na temat tego, jakiego rodzaju zmiana rzeczy rodzi problem ustalenia własności, ale również trudno w nich dopatrzeć się konsekwentnego stosowania jakiegoś konkretnego pojęcia technicznego. Najczęściej przywoływane przez współczesną naukę sformułowanie *nova species* znajdujemy jedynie w jednym rzymskim tekście⁶. Rzymskie źródła opisują oczywiście sytuacje, kiedy to „z cudzego materiału zostaje przez kogoś wytworzona nowa postać rzeczy”⁷, natomiast nowożytni romanisci konsekwentnie próbują dokonać jakiejś ich generalizacji. Cornelius van der Merwe stwierdził na przykład, że źródłowe przypadki specyfikacji dotyczą przetwarzania żywności, kowalstwa, krawiectwa i aptekarstwa, podsumowując, że w każdym przypadku doszło do istotnej zmiany pierwotnego materiału⁸. W nowszej literaturze podkreśla się jednak przede wszystkim, że – jak wskazała Anna Plisecka – *specificatio* oznacza sytuację, w której własność jest raczej tracona niż zyskiwana⁹. Można zatem powiedzieć, że Rzymianie podchodzili do problemu niejako z drugiej strony. Należy chyba

⁶ D. 41.1.7.7.

⁷ I. 2.1.25, wyd. polskie *Institucje Justyniana*, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1986, s. 63.

⁸ C. van der Merwe, *Nova species* (w:) E. Metzger (red.), *Law For All Times. Essays in Memory of David Daube*, „Roman Legal Tradition” 2004, vol. 2, s. 99.

⁹ A. Plisecka, *Accessio and specification reconsidered*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 2006, vol. 74.

⁵ E. Till, *Prawo prywatne austriackie*, t. 2, *Prawo rzeczowe: wykład prawa rzeczowego austriackiego. Dział I. Nauka o prawie własności*, Lwów 1913, s. 191.

przyjąć za Franzem Wieackerem, że funkcją specyfikacji było radzenie sobie z kwestią domagania się rzeczy, która zmieniała się tak bardzo, że nie dawało się jej już dłużej windykować¹⁰. Ów pogląd na funkcję specyfikacji w obrocie stanowi zresztą zarazem inną próbę rozstrzygnięcia tego, kiedy nowa rzecz w ogóle powstaje.

Tak zatem na pytanie, kiedy w ogóle dochodzi do przetworzenia rzeczy, próbuje odpowiedzieć historiografia prawa. Jest w tej próbie raczej osamotniona, zwłaszcza jeżeli za punkt odniesienia przyjmujemy zarówno współczesną cywilistykę polską, jak i przepisy innych kodeksów cywilnych, w szczególności tych, z którymi oczywiste związki historyczne ma prawo polskie. Francuski kodeks cywilny (*Code civil des Français* – dalej: CC) używa w art. 570 zaczerpniętego z cytowanego wyżej rzymskiego źródła terminu *nouvelle espèce*, ale nie doprecyzowuje go w żaden sposób. Kodeks austriacki (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* – dalej: ABGB) w § 414–415 stanowi zarówno o przetworzeniu, jak i o połączeniu oraz zmieszaniu, ale również próżno szukać w nim jakiegokolwiek wyjaśnienia, co technicznie oznacza czasownik „przerabiać” (*verarbeiten*). Pewną wskazówkę co do treści pojęcia *Verarbeitung* zawiera kodeks niemiecki (*Bürgerliches Gesetzbuch* – dalej: BGB), ale i on stanowi jedynie pod koniec § 950, że „za przerobienie uważa się także pisanie, rysowanie, malowanie, drukowanie, rytowanie lub podobne obrabianie powierzchni”¹¹. Wreszcie nasz kodeks cywilny, który również ogranicza się do stwierdzenia, że przepisy art. 192 dotyczą „wytworzenia nowej rzeczy ruchomej z cudzych materiałów”, pozostawiając odpowiedź na pytanie, czym jest „nowa rzecz” tym, którzy będą musieli ów przepis interpretować. Polscy interpretatorzy natomiast dotychczas praktycznie nie dostrzegają w ogóle tego problemu. Józef Stanisław Piątoski w zasadzie zastosował rzymską metodę kazuistyczną, wskazując jako przykłady przetworzenia „utkanie tkaniny, uszycie

ubrania, zmielenie zboża na mąkę, a także wykonanie z cudzych materiałów dzieła o charakterze artystycznym (np. malowidła, rzeźby)”¹². W nowej literaturze cywilistycznej można natomiast wyczytać, że „hipoteza art. 192 obejmuje wytworzenie rzeczy ruchomej z cudzych materiałów przez osobę, której udział polega tylko na nakładzie pracy, np. wyrzeźbienie pomnika z cudzego bloku granitowego”¹³ lub też nie znajduje się ani próby odpowiedzi teoretycznej na pytanie o nową rzecz, ani nawet żadnego przykładu¹⁴.

2. Praktyczne znaczenie odpowiedzi na pytanie o istotę „nowej rzeczy”

O tym, że powyżej nakreślone zagadnienie nie jest li tylko czysto akademickim teoretyzowaniem, przekonali się stosunkowo niedawno sędziowie w kilku krajach europejskich. Wśród badaczy prawa kręgu tradycji mieszanej (*mixed jurisdiction*) spore zainteresowanie wzbudziła rozstrzygana przez *Outer House* (jedną z izb szkockiego *Court of Session*, będącego najwyższym sądem Szkocji w sprawach cywilnych) sprawa *Kinloch Damp Ltd v. Nordvik Salmon Farms Ltd*.¹⁵ Przedmiotem sporu była tu kwestia własności miliona dwustu pięćdziesięciu tysięcy hodowlanych łososi, które powód sprzedał pozwanemu z zastrzeżeniem własności aż do spłaty przez kupującego ostatniej raty z łącznej ceny miliona dwustu tysięcy funtów. W momencie, kiedy ostatnia rata nie została spłacona w terminie, sprzedawca zażądał wydania ryb jako swojej własności. Kupujący odpowiedział na to, że stał się właścicielem ryb nie wskutek kontraktu, ale specyfikacji. Otóż w momencie, kiedy łososie były kupującemu wydawane przez sprzedawcę, znajdowały się jeszcze we wstępnej fazie rozwojowej (tzw. smolt), nato-

10 F. Wieacker, *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme* (w:) W. Kunkel, H. J. Wolff (red.), *Festschrift für Ernst Rabel*, Tübingen, 1954, s. 92.

11 Als *Verarbeitung* gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche.

12 J.S. Piątoski (w:) W. Czachórski (red.), *System...*, dz. cyt., s. 381.

13 S. Rudnicki, G. Rudnicka, J. Rudnicka (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, *Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2013, s. 315.

14 E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–449*¹⁰, wyd. 8, Warszawa 2015, s. 569.

15 1999 *Outer House Cases* LEXIS (June 30, 1999).

miast w chwili, gdy sprzedawca zażądał ich zwrotu, były już dojrzałymi osobnikami, przeszło trzydzieści razy większymi od smoltów i bardzo różniącymi się od nich morfologicznie, przede wszystkim przystosowanymi do funkcjonowania w wodach zarówno słodkich, jak i słonych. Wydający opinię w imieniu sądu lord Macfadyen zauważył, że co prawda w prawie szkockim obowiązuje wywodząca się z prawa rzymskiego reguła znana jako *media sententia*¹⁶, ale nie można jej zastosować w tej sprawie automatycznie¹⁷. Innymi słowy, szkocki sędzia stwierdził, że w pierwszej kolejności trzeba odpowiedzieć sobie na pytanie, czy w ogóle należy w danej sprawie mówić o przetworzeniu, a dopiero później zastanawiać się, czy wskutek ewentualnego przetworzenia doszło do zmiany w stosunkach własnościowych. O ile jednak lord Macfadyen stwierdził, że jakiegokolwiek naturalny wzrost tego samego osobnika nigdy nie może być uznany za specyfikację, o tyle komentujący to orzeczenie E. Metzger zgodził się co prawda z konkluzją, ale już nie z argumentacją. Wskazał, że skoro prawo szkockie implementuje w przedmiotowym zakresie reguły rzymskie, to – zgodnie z cytowanym wyżej poglądem F. Wieackera – w sprawie łososi rzymski pretor nie miałby wątpliwości i przyznał powodowi skargę wydobywczą przede wszystkim dlatego, że tenże bez żadnego problemu wskazał urzędnikowi rzeczy, które uważa za swoje¹⁸.

Pozostałe przypadki, które warto wskazać w tym kontekście, pochodzą już z systemów kontynentalnych, ale również dotyczą procesów, którym poddane zostały organizmy żywe. Przed niderlandzkim Wysokim Sądem (*Hoge Raad*) rozstrzygnięta została w 1995 r. sprawa, w której należało zdecydować, w jaki sposób doszło do nabycia własności tysięcy kurcząt wykłutych z inkubowanych jaj. Jedna ze stron opierała swoje roszczenie na fakcie bycia właścicielem kur, które złożyły jaja i żądała uznania, że kurczęta są pożytkami tychże kur. Druga strona twierdziła natomiast, że o ile jaja były pożytkami

z kur, o tyle kurczęta powstały wskutek przetworzenia jaj¹⁹. Sąd holenderski zgodził się z tą drugą tezą, wskazując, że jaja zostały poddane skomplikowanemu procesowi technologicznemu (ogrzewanie, utrzymywanie jednolitej wilgotności powietrza, regularne obracanie etc.), wskutek którego przekształciły się w kurczęta będące już zupełnie innymi przedmiotami; tym samym sąd zgodził się z tezą, że doszło tu do specyfikacji²⁰. Trzecim wreszcie przypadkiem zwierząt, które miałyby zostać przetworzone, były cielęta, nad którymi w 1977 r. musiał pochylić się sam *Bundesgerichtshof*. Sprawa w swej istocie była dość podobna do o łososie w Szkocji. Umowa sprzedaży cieląt zawierała skuteczną klauzulę zastrzeżenia własności przy sprzedawcy, ale kupujący utrzymywał, że wskutek hodowania „przetworzył” cielęta i stał się ich właścicielem zgodnie z art. 950 BGB²¹. Niemiecki trybunał całkowicie odrzucił tę argumentację, wskazując, że zgodnie z powszechną opinią cielęta, które wyrosły wskutek odpowiedniej hodowli i karmienia, są mimo wszystko cały czas tymi samymi zwierzętami i nie można twierdzić, jakoby doszło do przetworzenia.

Wszystkie trzy sprawy dotyczyły w sumie bardzo podobnego problemu – możliwości przetworzenia żywego organizmu – jednakże zarówno ich rozstrzygnięcia, jak i zastosowana argumentacja bardzo się od siebie różnią. Szkoccy lordowie jednoznacznie wykluczyli możliwość zastosowania reguł dotyczących specyfikacji do jakiegokolwiek przypadku naturalnego wzrostu, rezerwując je jedynie dla procesów produkcji zachodzących na materiałach nieożywionych lub martwych. Trybunał niemiecki nie poszedł tak daleko w swojej argumentacji, poprzestając na całkowicie wystarczającym w zawisłej przed nim sprawie odwołaniu się do powszechnej opinii. Wreszcie sąd holenderski zdecydował się jednak uznać kurę za inny przedmiot niż jajo, z którego się wykłuła, jednak uniknął głębszych

16 Tamże, zwłaszcza I. 2.1.25.

17 E. Metzger, *Postscript on nova species and Kinloch Damph Ltd v. Nordvik Salmon Farms Ltd.* (w:) tenże (red.) *Law For All Times...*, dz. cyt., s. 115–116.

18 Tamże, s. 119.

19 S. van Erp, B. Akkermans (red.) *Cases, materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, Oxford–Portland 2012, s. 698–699.

20 C. van der Merwe, *Nova species...*, dz. cyt., s. 113–114.

21 S. van Erp, B. Akkermans (red.) *Cases...*, dz. cyt., s. 702.

rozważań natury ontologicznej, dzięki skupieniu się na analizie przemysłowego procesu „przetwarzania”, któremu jaja zostały poddane. Mimo tych sądowych uników nie sposób nie uznać, że spór o to, czy w danym przypadku doszło do przetworzenia, ma w swej istocie właśnie charakter ontologiczny. Jego

ważania o rzymskiej specyfikacji od stwierdzenia, że „kiedy przemiana rzeczy prowadzi do wytworzenia rzeczy nowej, o tem rozstrzygają zapatrywania ogółu”²². To proste odniesienie do powszechnej opinii znajdziemy również we wskazanym wyżej orzeczeniu niemieckim, rozstrzygającym, że wychów



Spór o to, czy w danym przypadku doszło do przetworzenia, ma w swej istocie charakter ontologiczny.

rozstrzygnięcie wymaga bowiem postawienia wyraźnej granicy między istnieniem rzeczy pierwotnej (materiału), a rzeczy z niej wytworzonej (produktu). Powstaje pytanie, czy taką granicę dałoby się w ogóle określić na podstawie jednej abstrakcyjnej reguły, którą można by po prostu umieścić w kodeksie cywilnym jako jeden z przepisów dotyczących przetworzenia. Jak już wiemy, Rzymianie takiej generalizacji nie popełnili, jak również próżno jej szukać we współczesnych ustawach. Próbę jej sformułowania warto by chyba jednak podjąć, a jeśli uznajemy ją za zbyt trudną, warto przynajmniej mieć na uwadze bogate doświadczenie historyczne. Zaawansowane technologie i coraz bardziej subtelne procesy produkcji stwarzają bowiem ryzyko, że w praktyce mogą pojawić się przypadki, w których proste odwołanie się do zdrowego rozsądku i ogólnej opinii – wystarczające w przypadku cieląt – może okazać się niewystarczające. Wówczas sąd szkocki będzie miał o tyle łatwiejsze zadanie, że tak samo jak w sprawie *Kinloch Damph v. Nordvik*, będzie mógł do woli posiłkować się dorobkiem prawa rzymskiego, rzymsko-holenderskiego czy tzw. ojców prawa szkockiego. Dla sądu kontynentalnego, teoretycznie zamkniętego w ramach kodyfikacji, takie odwołanie może okazać się nieco bardziej problematyczne, ale i on może przecież skorzystać z bogactwa własnej lokalnej tradycji i piśmiennictwa prawniczego.

W tym kontekście należy wskazać, iż „polski Papinian” Stanisław Wróblewski rozpoczął swoje roz-

ważania o rzymskiej specyfikacji od stwierdzenia, że „kiedy przemiana rzeczy prowadzi do wytworzenia rzeczy nowej, o tem rozstrzygają zapatrywania ogółu”²². To proste odniesienie do powszechnej opinii znajdziemy również we wskazanym wyżej orzeczeniu niemieckim, rozstrzygającym, że wychów

cieląt nie jest ich przetwarzaniem. W tym miejscu ponowić trzeba jednak zastrzeżenie, że skomplikowane procesy technologiczne znane współczesnej gospodarce mogą wymykać się takiej prostej ocenie. Stąd też dużo lepszym zdaje się być zaproponowane przez E. Tilla i cytowane już spostrzeżenie, że „przerobieniem w technicznym znaczeniu jest jedynie takie, które prowadzi do zmiany istoty lub przeznaczenia rzeczy. Czy zaś tak się rzecz ma, oceniać należy podług zapatrywań obrotu”. Lwowski cywilista odwołuje się zatem do kryteriów stosowanych przez profesjonalistów: z nową rzeczą mielibyśmy do czynienia wówczas, gdyby obrót gospodarczy uważał ją za należącą do innej kategorii komercyjnej. W bardzo podobny sposób można też próbować podsumować kazuistykę rzymską, stwierdzając, że z nową rzeczą mamy do czynienia wówczas, gdy należy ona do innej kategorii handlowej niż materiał. Mając w zanadru taką regułę, możemy – przynajmniej w znacznej części przypadków – uniknąć nazbyt rozbudowanych rozważań ontologicznych.

3. Wielość rozwiązań

Jak już była mowa powyżej, dopiero po ustaleniu, czy w danej sytuacji rzeczywiście doszło do przetworzenia, można przejść do etapu zastosowania reguł, które w danym systemie determinują status

²² S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe*, Kraków 1919, s. 34.

własnościowy „nowej rzeczy”. Jak wynika z cytowanych na początku poglądów historyków prawa, dla Rzymian problem specyfikacji miał przede wszystkim znaczenie techniczne. Mimo pozornej sprzeczności rozwiązań proponowanych przez obie szkoły

które miało przecież ogromne znaczenie dla rzymskich jurystów w wielu innych kwestiach.

Mając w pamięci pomysły rzymskie, należy teraz przyjrzeć się rozwiązaniom zastosowanym przez nowoczesne kodyfikacje cywilne. Komentując art. 192

Artykuł 192 k.c. wprowadza dwie przesłanki, których kumulatywne spełnienie pozwala uznać, że przetwórca nabył własność nowej rzeczy.

jurystów – i ich domniemanemu różnemu podłożu filozoficznemu (patrz niżej) – tak naprawdę różnica praktyczna między nimi była stosunkowo niewielka. Jak wskazała A. Plisecka, „dla Sabinianów identyfikacja rzeczy zasadzała się na materiale, czy też bazie ekonomicznej. Dla Prokulianów gatunek przedmiotu związany był z możliwością wskazania rzeczy w pozwie windykacyjnym”²³. W obu przypadkach więc, a tym bardziej w kompromisowym „rozwiązaniu pośrednim”, chodziło o opracowanie jasnej i prostej w zastosowaniu reguły, komu należy przypisać własność rzeczy. W kontekście wielu współczesnych rozwiązań, w tym również regulacji polskiej, szczególnie zwraca uwagę fakt braku jakiegokolwiek odniesienia do kryterium dobrej wiary²⁴,

k.c., Edward Gniewek zauważył, że „o statusie prawnorzeczowym (właścicielskim) rzeczy wytworzonej decyduje wiele okoliczności przyjętych, z powodu określonych racji merytorycznych, w zacytowanym przepisie”²⁵. Niestety autor ten nie wskazuje, o jakie „określone racje merytoryczne” chodzi i na tym w zasadzie kończy analizowanie aksjologicznej podstawy tego unormowania, przechodząc do relacjonowania jego treści. Paweł Księżak natomiast ogranicza się do wskazania, że przy wyborze rozwiązania znanego nam z art. 192 k.c. ustawodawcą kierowały „względy gospodarcze”²⁶. To lakoniczne stwierdzenie również trudno uznać za wystarczające, zwłaszcza gdy weźmiemy pod uwagę okoliczność, że wybór aksjologiczny, dokonany przez polskiego ustawodawcę, wydaje się być niezwykle interesujący przede wszystkim w zestawieniu z przepisami dotyczącymi specyfikacji w innych kodeksach cywilnych.

Artykuł 192 k.c. wprowadza dwie przesłanki, których kumulatywne spełnienie pozwala uznać, że przetwórca nabył własność nowej rzeczy. Po pierw-

23 A. Plisecka, *Accessio and specification...*, dz. cyt., s. 46. Przekład własny autora.

24 Inny pogląd wyrażał konsekwentnie W. Osuchowski, zarówno w swojej poświęconej specyfikacji rozprawie doktorskiej, *Media Sententia. Studium nad zagadnieniem specyfikacji w klasycznym prawie rzymskim*, Lwów 1930, jak i w popularnym podręczniku, tenże, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, red. W. Litewski, J. Soneł, Warszawa 1981, s. 270. Zdecydowanie przeważa jednak stanowisko, że dobra wiara nie miała dla tego sposobu nabycia (czy też utraty) własności żadnego znaczenia. Zob. B. Santalucia, *Il Contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, „Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano” 1969, vol. 72, s. 89. Współczesne podręczniki i opracowania ogólne prawa rzymskiego, opisując zagadnienie specyfikacji, w ogóle nie poruszają w tym kontekście problemu dobrej wiary. Zob.

W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 6, Warszawa 2014, s. 147; W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie...*, dz. cyt., s. 412.

25 E. Gniewek (w.): E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe*, seria „System Prawa Prywatnego”, t. 3, Warszawa 2013, s. 655.

26 P. Księżak (w.): K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Przepisy wprowadzające. Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2013, s. 1057.

sze, musiał on dokonać przetworzenia w dobrej wierze. Po drugie, wartość nakładu pracy przetwórcy musi być większa od wartości materiałów. Kryteria te warto porównać z tymi zastosowanymi przez twórców starszych kodyfikacji. W art. 570 i 571 CC zastosowano tylko i wyłącznie kryterium ekonomiczne. Zgodnie z prawem francuskim przetworzenie co do zasady nie powoduje zmiany stosunków własnościowych. Jedynie wyjątkowo przetwórca nabywa własność, jeżeli wartość jego pracy znacznie przewyższa wartość materiałów. Jednocześnie art. 570 CC na wszelki wypadek odcina się od zastosowanej przez Justyniana zasady „przywracalności”, a więc rozwiązania pośredniego pomiędzy tymi zaproponowanymi przez Sabinianów i Prokulianów. Kodeks niemiecki formułuje regułę niejako z drugiej strony – zgodnie z § 950 BGB przetwórca co do zasady nabywa własność rzeczy przetworzonej, chyba że wartość procesu przetworzenia jest znacznie mniejsza niż wartość materiałów. Oba kodeksy zastosowały więc kryterium ekonomiczne, z tym że kodeks francuski stoi bardziej po stronie właściciela materiałów, natomiast kodeks niemiecki skłania się ku interesom przetwórcy. W tym rozróżnieniu dopatrzeć się można bez wątpienia współczesnego refleksu sporu Sabinianów z Prokulianami. Co jednak zdecydowanie różni obie te regulacje od rozwiązania polskiego, to całkowity brak kryterium dobrej wiary. Różnica ta jest wręcz uderzająca, bo oznacza dokonanie przez naszego ustawodawcę całkowicie odmiennego wyboru aksjologicznego. Rozwiązania niemieckie i francuskie mają charakter czysto techniczny; kryterium ekonomiczne oznacza jednoznaczne odrzucenie jakichkolwiek innych argumentów. Te oczywiście znaleźć mogą zastosowanie, ale dopiero w kwestii ewentualnego odszkodowania, należnemu bądź to osobie, która była właścicielem materiałów, bądź to przetwórcy, który dokonał określonego nakładu pracy na rzeczy cudzej. Polski ustawodawca natomiast uznał, że kryterium dobrej wiary ma decydujące znaczenie nie tylko w sprawie odszkodowawczej, ale już na etapie decydowania o tym, kto jest właścicielem produktu.

Od wszystkich wskazanych dotychczas rozwiązań znacznie różni się to zawarte w przepisach kodeksu austriackiego. Przede wszystkim § 414 i 415

ABGB zawierają jednolite unormowanie dotyczące zarówno przetworzenia, jak i połączenia rzeczy ruchomych. Zasadą wyrażoną w § 414 ABGB jest, że dokonująca takich procesów na cudzych rzeczach osoba własności nie nabywa. Paragraf kolejny ustanawia natomiast regułę częściowo opartą na rozwiązaniu justyniańskim; otóż w sytuacji, kiedy stan poprzedni nie może zostać przywrócony, na nową rzecz powstaje współwłasność właścicieli materiałów oraz przetwórców. Ta osoba natomiast, której rzecz przez winę drugiego została połączona lub przetworzona, może dokonać wyboru, czy chce zatrzymać całą rzecz, zwracając wartość ulepszenia, czy też za takim samym zwrotem pozostawić ją drugiej stronie²⁷. Jak widać, w porównaniu zwłaszcza z rozwiązaniami francuskimi i niemieckimi, regulacja austriacka jest bardzo skomplikowana. Trzeba jednak podkreślić, że daleko jej do miana najbardziej skomplikowanego rozwiązania tego stosunkowo – zdawać by się mogło – prostego problemu. Dla przykładu wskazać można odnoszące się do specyfikacji przepisy kodeksu cywilnego brazylijskiego²⁸:

Art. 1269. Ten, kto pracując na surowcu w części cudzym, uzyskuje rzecz nowego gatunku, będzie właścicielem, jeśli nie można przywrócić jej do formy poprzedniej.

Art. 1270. Jeśli cały surowiec jest cudzy, a rzecz nowego gatunku nie można przywrócić do formy poprzedniej, należy ona do przetwórcy w dobrej wierze.

§ 1. Jeśli można ją przywrócić do stanu początkowego albo jeśli przywrócić nie można, ale rzecz nowego gatunku została uzyskana w złej wierze, należy do właściciela surowca.

§ 2. W każdym przypadku, włącznie z malunkiem na płótnie, rzeźbą, dokumentem i każdą inną pracą graficzną związaną z surowcem, rzecz nowego gatunku należy do przetwórcy, jeśli jej wartość przekracza istotnie wartość surowca.

Jak widać, ustawodawca brazylijski „zmieszał” w tych przepisach chyba wszystkie możliwe do wy-

27 S. Wróblewski, *Powszechny austriacki kodeks cywilny z uzupełniającymi ustawami i rozporządzeniami objaśniony orzeczeniami sądu najwyższego*, Kraków 1914, s. 21.

28 Tłumaczenie własne autora.

obrażenia kryteria, poczynawszy od *media sententia*, poprzez dobrą wiarę, aż po kryterium ekonomiczne. Nie wnikając w przyczyny takiego, a nie innego ujęcia problemu, warto zwrócić na tę regulację uwagę – choćby dlatego, aby tym wyraźniej podkreślić, z jak złożonym zagadnieniem mamy do czynienia.

Już w przypadku rozwiązań rzymskich romanistyka tradycyjnie dopatruje się źródła różnicy zdań pomiędzy Sabinianami a Prokulianami w ich odmiennych inspiracjach filozoficznych. I tak Sabinianie, przyznający pierwszorzędne znaczenie materii, mieliby bazować na filozofii stoickiej, podczas gdy Prokulianie, kładący nacisk na proces przetworze-



Ostatecznie przyjęta przez Justyniana *media sententia* pozwala bodaj zawsze na błyskawiczne i pewne rozstrzygnięcie problemu własności rzeczy przetworzonej.

Można wreszcie – również po to, aby ukazać podkreśloną na wstępie uniwersalność zagadnienia – sięgnąć poza tradycję kontynentalną. W *common law* precedensy zdają się iść za zasadą, że właścicielem staje się przetwórca, ale prostotę tego twierdzenia anglosascy autorzy komplikują, wskazując, że „regułą jest, że tak długo, jak substancja może zostać zidentyfikowana przez tego, kto wysuwa do niej roszczenie, pozwany nie zdobywa żadnego tytułu w drodze jej przetwarzania”²⁹. Można zatem powiedzieć, że prawo angielskie jest w tym zakresie najbardziej zbliżone do rozwiązań proponowanych przez jurystów rzymskich. W świetle powyższego jest więc tym bardziej zastanawiające, skąd bierze się wyjątkowo wręcz duża różnorodność rozwiązań tak prostego problemu.

4. Aksjologia i poszukiwanie rozwiązania optymalnego

Próba odpowiedzi na powyższe pytanie wymaga oczywiście oparcia się na aksjologię, gdyż nietrudno zauważyć, że za poszczególnymi rozwiązaniami stoją zgoła odmienne podejścia do wartości, które realizować ma prawo cywilne.

nia, mogli czerpać z myśli arystotelików³⁰; Okko Behrends stwierdził nawet, że poglądy Labeona i jego kontynuatorów są niemal powtórzeniem tego, co o przetwarzaniu materii napisał Stagiryta³¹. Warto nadmienić, że wpływ filozofii marksistowskiej i XIX-wiecznych sporów politycznych na naukę prawa zaowocował odmienną tezę, jakoby spór rzymskich jurystów odzwierciedlał konflikt posiadaczy środków produkcji z wykonawcami pracy, ale już S. Wróblewski słusznie stwierdził, że „wobec oceny pracy przemysłowej w Rzymie wydaje się [to] tylko anachronizmem”³². Tak czy inaczej, tarcia na linii kapitału i pracy miały zapewne wpływ na ostateczny kształt art. 950 BGB³³. Kończąc zaś odniesienia natury filozoficznoprawnej, warto wskazać, że problemy związane ze specyfi-

29 W. Swadling, *Property: General Principles* (w:) P. Birks (red.), *English Private Law*, t. 1, Oxford 2000, s. 351.

30 B.C. Stoop, *Non solet locatio dominium mutare. Some remarks on specificatio in classical Roman law*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 1998, vol. 66, s. 6.

31 O. Behrends, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1995, vol. 112, s. 209.

32 S. Wróblewski, *Zarys...*, dz. cyt., s. 35.

33 T. Giaro (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie...*, dz. cyt. s. 412.

kacją stanowią inspirację dla teorii i uzasadniania istnienia samej instytucji własności. Jak wskazał Gustav Radbruch, „według teorii pracy i teorii specyfikacji w znaczeniu węższym człowiek nie zyskuje panowania nad surowcami i przedmiotami naturalnymi za sprawą zawłaszczenia, lecz dopiero za sprawą ich obróbki i wkładu pracy własnej”³⁴. Nawiasem mówiąc, modny ostatnimi czasy niemiecki filozof prawa z tą akurat teorią się nie zgadzał i skrytykował ją na równi z innymi klasycznymi uzasadnieniami własności³⁵.

Niezależnie jednak od tego, jakie faktycznie inspiracje stały za rzymskimi poglądami dotyczą-

stanu materiału wyjściowego byłaby trudna i wymagała wiedzy fachowej, jednak w sytuacjach najbardziej typowych taki problem praktycznie nie istnieje. Dużo łatwiej natomiast jest wyobrazić sobie trudności wynikające z konieczności dokładnego obliczenia wartości użytego materiału oraz wartości procesu przetworzenia, a tego przecież wymaga większość współczesnych rozwiązań kodeksowych. Ponadto samo stwierdzenie, że któryś z tych elementów układanki ma po prostu wartość większą, może okazać się niewystarczające w świetle przepisów kodeksu cywilnego francuskiego czy niemieckiego, które wyraźnie mówią, że różnica ta ma być



Można uznać, że rozstrzygnięcie sporu o własność rzeczy powstałej wskutek przetworzenia cudzego materiału jest prostsze i bardziej wydajne ekonomicznie bez potrzeby odwoływania się do kwestii dobrej wiary.

mi specyfikacji, nie sposób nie stwierdzić – co było zresztą podkreślane powyżej – że wszystkie trzy propozycje jurysprudencji cechuje duża prostota. Na ich tle pomysły omówione wyżej – zastosowane przez nowożytnych prawodawców, funkcjonujących w ramach jednoznacznie romanistycznej tradycji kontynentalnej – są zdecydowanie bardziej złożone, zwłaszcza jeśli weźmiemy pod uwagę, jak spór o specyfikację miałby wyglądać pod względem dowodowym. Ostatecznie przyjęta przez Justyniana *media sententia* pozwala bodaj zawsze na błyskawiczne i pewne rozstrzygnięcie problemu własności rzeczy przetworzonej; oczywiście można by zapewne wyobrazić sobie przypadek, kiedy odpowiedź na pytanie o możliwość przywrócenia produktu do

„znaczna”. To oczywiście otwiera pole do szerokiej sądowej interpretacji, a tym samym może rodzić kontrowersje. Polski kodeks cywilny ogranicza się natomiast do stwierdzenia, że wartość przetworzenia musi być większa niż wartość materiału, jednakże trudno jest wyobrazić sobie pełen automatyzm w stosowaniu tej reguły i nie zadać pytania, jak spór winien być rozstrzygnięty w przypadku, kiedy przy – dajmy na to – wielkiej wartości materiału wartość procesu przetworzenia byłaby większa jedynie symbolicznie. Oczywiście polski ustawodawca skomplikował problem specyfikacji dodatkowo, czyniąc *de facto* decydującym – kryterium dobrej wiary. Samo pojęcie dobrej wiary ma oczywiście w prawie prywatnym niemal dwumilenijną historię i ustalone znaczenie, jednak jest raczej oczywiste, że w bardzo wielu przypadkach będące w interesie właściciela materiału obalenie domniemania dobrej wiary może okazać się zadaniem trudnym.

34 G. Radbruch, *Filozofia prawa*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2009, s. 145.

35 Tamże, s. 145–152.

Wybór aksjologiczny dokonany przez polskiego ustawodawcę jest łatwy do uzasadnienia. Stosując kryterium ekonomiczne, oparł rozwiązanie problemu przetworzenia na ekonomicznej racjonalności. Ochrona dobrej wiary, która jako gwarantka płynności obrotu bez wątpienia stanowi jedną z głównych wartości prawa cywilnego, również zdaje się być czymś oczywistym. Czy w tym przypadku ustawodawca nie poszedł jednak w swoich niewątpliwie dobrych chęciach za daleko? Jest przecież oczywiste – nie tylko dlatego, że wyraźnie stwierdzone w art. 194 k.c. – że rozstrzygnięcie sporu o własność nowej rzeczy nie ma wpływu na ewentualne roszczenia obligacyjne między właścicielem materiału a przetwórcą. Oznacza to ni mniej, ni więcej, tylko właśnie zapewnienie ochrony dobrej wiary na

się do kwestii dobrej wiary. Tym samym – o ile przyznamy prymat wnioskowi wyprowadzonemu z ekonomicznej analizy prawa – należałoby kryterium dobrej wiary przetwórcy odrzucić. Ekonomiczna analiza prawa prowadzi nas oczywiście o jeszcze jeden krok – i to niemały – dalej, tzn. każe stwierdzić większą ekonomiczną racjonalność rozwiązania justyniańskiego, które bez wątpienia jest najprostsze i najmniej kosztowne w zastosowaniu.

5. Podsumowanie

Niezależnie od rzeczywistego potencjału praktycznego specyfikacja z całą pewnością uświadamia, jak bardzo różnorodne mogą być rozwiązania zastosowane dla poradzenia sobie z dosyć prostym z pozoru problemem. Opisane wyżej bogactwo roz-



Patrząc na ciągły rozwój technologiczny, łatwo można wyobrazić sobie, że w przyszłości argument o dokonanej specyfikacji może pojawić się w kontekście bardziej skomplikowanego i niejednoznacznego procesu niż inkubacja kurczaków.

innym etapie sprawy, gdyż przetwórcę działającego w złej wierze uznać należy za winnego wyrządzenia szkody właścicielowi materiału. Tym samym ochrona dobrej wiary zostaje przez ustawodawcę niejako zdublowana. Pytanie, czy jest to aby na pewno konieczne, nasuwa się samo. Odpowiedź zależy oczywiście od wyważenia wartości – dobrej wiary z jednej strony, z drugiej natomiast właśnie ekonomicznej racjonalności, choć nie tyle w kontekście samego nabywania własności, co raczej w aspekcie późniejszego sporu. Można uznać, że rozstrzygnięcie sporu o własność rzeczy powstałej wskutek przetworzenia cudzego materiału jest prostsze i bardziej wydajne ekonomicznie bez potrzeby odwoływania

wiązań trudno byłoby chyba w tym przypadku tłumaczyć jakimiś istotnymi różnicami w warunkach społecznych czy gospodarczych. Już sam wyjściowy spór prokuliańsko-sabiniański pokazuje, że podstawą tak różnorodnych propozycji odpowiedzi na pytanie o własność rzeczy nowo wytworzonej są przede wszystkim inne założenia natury filozoficznej i aksjologicznej. Tym bardziej w czasach współczesnych kodyfikacji cywilnych nie sposób byłoby chyba wskazać jakieś istotne czynniki natury praktycznej, leżące u podstaw tak skrajnie różnych pomysłów na uregulowanie specyfikacji, jak te, które znajdziemy w ustawach austriackiej, niemieckiej i polskiej. Tym samym więc analiza porównawcza regulacji odno-

szących się do przedmiotowego zagadnienia wskazuje również na jeden bardzo prosty, choć nierzadko pomijany czynnik wpływający na kształt regulacji prawnych. Mianowicie rozwiązując problem prawny, nawet z pozoru tak mało skomplikowany i nie wymagający zbyt wiele zachodu, nie jesteśmy w stanie abstrahować od wartości. Rozstrzygnięcie musi bowiem opierać się na jakimś toku rozumowania, a ten zawsze znajduje swe podłoże w świecie aksjomatów. Decyzja, czy w danym momencie wybieramy szeroką ochronę dobrej wiary, czy też ekonomiczną racjonalność procesu, jest właśnie wyborem między dwoma założeniami aksjologicznymi. Z tego choćby powodu specyfikacja stanowi doskonały trening prawniczego myślenia i argumentacji, a jako taka ma – o czym była mowa na wstępie – wyraźny potencjał dydaktyczny. Nie chcąc jednakże sprowadzać niniejszej analizy jedynie do umysłowego ćwiczenia, pragnę raz jeszcze zaznaczyć, że wymiar praktyczny omawianego zagadnienia jest oczywisty, co widać chociażby po przedstawionych tu kazusach dotyczących możliwości przetworzenia żywych organizmów. Patrząc na ciągły rozwój technologiczny, można z łatwością wyobrazić sobie, że w przyszłości argument o dokonanej specyfikacji może pojawić się w kontekście jeszcze bardziej skomplikowanego i niejednoznacznego procesu niż inkubacja kurczaków. Na koniec zatem warto oddać głos wybitnemu romanistcie Josephowi A.C. Thomasowi: „sprawy dyskutowane w związku ze specyfikacją w literaturze jurystycznej są całkiem konkretnymi sprawami, które mogą z łatwością wystąpić w praktyce, a nie tylko czymś mającym na celu nasycić czysto akademicką dyskusję kompletnie abstrakcyjnymi problemami”³⁶.

Bibliografia

Behrends O., *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1995, vol. 112.
Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 2, Warszawa 2014.

36 J.A.C. Thomas, *Non solet locatio dominium mutare* (w:) *Mélanges Philippe Meylan*, t. 1, Lausanne 1963, s. 351.

Erp van S., Akkermans B. (red.), *Cases, materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, Oxford-Portland 2012.
Gniewek E. (red.), *Prawo rzeczowe*, seria „System Prawa Prywatnego”, t. 3, Warszawa 2013.
Instytucje Justyniana, przeł. C. Kunderewicz, Warszawa 1986.
Księżak P. (w:) Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Przepisy wprowadzające. Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2013.
Merwe van der C., *Nova species*, rozdział (w:) E. Metzger (red.), *Law For All Times. Essays in Memory of David Daube*, „Roman Legal Tradition” 2004.
Metzger E., *Postscript on nova species and Kinloch Damph Ltd v. Nordvik Salmon Farms Ltd.*, rozdział (w:) E. Metzger (red.), *Law For All Times. Essays in Memory of David Daube*, „Roman Legal Tradition” 2004.
Osuchowski W., *Media Sententia. Studium nad zagadnieniem specyfikacji w klasycznym prawie rzymskim*, Lwów 1930.
Osuchowski W., *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1981.
Piątkowski J.S. (w:) W. Czachórski (red.), *System prawa cywilnego*, t. 2, *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Ossolineum 1977.
Plisecka A., *Accessio and specification reconsidered*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 2006, vol. 74.
Radbruch G., *Filozofia prawa*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2009.
Rudnicki S., Rudnicka G., Rudnicka J. (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, *Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2013.
Santalucia B., *Il Contributo di Paolo Alla dottrina della specificazione di mala fede*, „Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano” 1969, vol. 72.
Skowrońska-Bocian E., Warciński M. (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–449¹⁰*, wyd. 8, Warszawa 2015.
Stoop B.C., *Non solet locatio dominium mutare. Some remarks on specificatio in classical Roman law*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 1998, vol. 66.
Swadling W., *Property: General Principles*, rozdział (w:) Birks P. (red.), *English Private Law*, t. 1, Oxford 2000.
Thomas J.A.C., *Non solet locatio dominium mutare*, rozdział (w:) *Mélanges Philippe Meylan*, t. 1, Lausanne 1963.
Till E., *Prawo prywatne austriackie*, t. 2, *Prawo rzeczowe: wykład prawa rzeczowego austriackiego. Dział I. Nauka o prawie własności*, Lwów 1913.

Watson A., *Roman Law and Comparative Law*, Athens (Georgia) 1991.

Wieacker E., *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme*, rozdział (w:) W. Kunkel, H.J. Wolff (red.), *Festschrift für Ernst Rabel*, Tübingen 1954.

Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 6, Warszawa 2014.

Wróblewski S., *Powszechny austriacki kodeks cywilny z uzupełniającymi ustawami i rozporządzeniami objaśniony orzeczeniami sądu najwyższego*, Kraków 1914.

Wróblewski S., *Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe*, Kraków 1919.



Marcin Hotel

Doktorant w Katedrze Polityki Gospodarczej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.



Aleksandra Rychlewska

Doktorantka w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego i aplikantka w Izbie Adwokackiej w Krakowie.

Marcin Hotel, Aleksandra Rychlewska

Niewskazanie osoby, której powierzyło się pojazd – z perspektywy prawa obwinionego do obrony

The Misdemeanour of a Failure to Indicate the Person to whom a Vehicle from the Perspective of the Right to Defence of the Accused

The provision of the Article 96 paragraph 3 of the Polish Petty Offences Code, that penalizes a failure to indicate, upon a demand by a relevant authority, the person to whom a vehicle was entrusted, has been recently analysed by the Constitutional Court of Poland in terms of its compliance with the constitutional right of the accused to defence. Although the Court stated its constitutionality, several of the judges expressed dissenting opinions. The given duty especially seems to infringe the constitutional right to passive defence, that is – to remain silent and not to incriminate oneself, as the owner (holder) of the vehicle is obligated under penalty to reveal who was driving the vehicle in a particular moment. However, when we assume that the owner (holder) must provide information that could incriminate him in anticipated criminal proceedings (or proceedings in petty offence cases) he should be entitled to the right of defence and, in particular, the privilege against self-incrimination.

I.

Zgodnie z art. 96 § 3 kodeksu wykroczeń¹ (dalej: k.w.) osoba,

która wbrew obowiązкови nie wskaże na żądanie uprawnionego organu, komu powierzyła pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, podlega karze grzywy. Przepis ten sankcjonuje przeto obowiązek nałożony na

1 Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 1094).

właściciela lub posiadacza pojazdu mocą art. 78 ust. 4 ustawy – Prawo o ruchu drogowym² (dalej: p.r.d.), polegający na wskazaniu na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył on pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, chyba że pojazd ten został użyty wbrew jego woli i wiedzy przez nieznana osobę, czemu jednocześnie nie mógł zapobiec.

ostatnio przepis ten stał się jednak przedmiotem badania Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej (TK) pod kątem jego zgodności z ustawą zasadniczą. O ile zgodność ta była kwestionowana zarówno z perspektywy art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵ oraz wyprowadzanej stąd zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego



Sam projektodawca noweli prawa o ruchu drogowym zwrócił uwagę, że czyn niewskazania osoby, której powierzyło się pojazd, już wcześniej zagrożony był karą jako wykroczenie, a to na podstawie art. 97 k.w. sankcjonującego „w sposób generalny” naruszenie przepisów prawa o ruchu drogowym.

Wskazany przepis został dodany do kodeksu wykroczeń mocą ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw³, niemniej jego celem było przede wszystkim uporządkowanie systemu prawnego. Sam projektodawca rzeczowej noweli zwrócił uwagę, że czyn niewskazania osoby, której powierzyło się pojazd, już wcześniej zagrożony był karą jako wykroczenie, a to na podstawie art. 97 k.w. sankcjonującego „w sposób generalny” naruszenie przepisów prawa o ruchu drogowym⁴. Dopiero

przez nie prawa⁶, jak i prawa oskarżonego (obwinionego) do obrony gwarantowanego art. 42 ust. 2 Konstytucji RP⁷, to TK nie stwierdził tu żadnej nie-

który wprowadza odpowiedzialność za nieudzielenie, wbrew obowiązkom, właściwemu organowi państwowemu lub instytucji upoważnionej z mocy ustawy do legitymowania, wiadomości lub dokumentów co do tożsamości innej osoby. Szerzej zob. R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, LEX 2013, komentarz do art. 96 k.w., teza 2.3.

5 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

6 Postępowanie o sygn. akt P 27/13, zainicjowane pytaniem prawnym Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie o to, czy art. 96 § 3 k.w. jest zgodny z art. 2 oraz art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 konstytucji. Zdaniem sądu przepis art. 96 § 3 k.w. jawi się jako nieproporcjonalnie restrykcyjny dla potencjalnych sprawców, zwłaszcza gdy się go zestawia z art. 240 § 1 k.k., który statuuje „obowiązek denuncjacji” tylko w zakresie najpoważniejszych przestępstw.

7 Postępowanie o sygn. akt K 3/13, zainicjowane wnioskiem Prokuratora Generalnego o zbadanie zgodności art. 96 § 3

2 Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 108, poz. 908, z późn. zm.).

3 Dz.U. z 2010 r. nr 225, poz. 1466, z późn. zm.

4 Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3179, VI kadencja Sejmu, s. 30. Warto zaznaczyć, że sporne było w doktrynie, czy naruszenie obowiązku z art. 78 ust. 4 p.r.d. winno być karane na podstawie art. 97 k.w., czy też art. 65 § 2 k.w.,

zgodności⁸. Orzeczenia zapadły jednak większością głosów, a co istotne w kontekście niniejszego opracowania – za niezgodnością art. 96 § 3 k.w. z przepisem art. 42 ust. 2 Konstytucji RP opowiedziało się trzech sędziów, zgłoszwszy zdanie odrębne⁹. Kwestia konstytucyjności art. 96 § 3 k.w. wymaga zatem dodatkowej analizy. Zastrzec w tym miejscu należy, iż rozważania TK związane były z obowiązkiem wskazania osoby prowadzącej pojazd, gdy fakt naruszenia przepisów drogowych został utrwalony za pomocą urządzenia rejestrującego, tzw. fotoradaru. Niniejsza analiza będzie prowadzona z tej samej perspektywy.

k.w. w związku z art. 92 § 1, art. 92a i art. 88 k.w., w związku z art. 78 ust. 4 p.r.d., w związku z art. 41 § 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2013 r., poz. 395, z późn. zm.; dalej: k.p.w.) oraz w związku z art. 183 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555, z późn. zm.; dalej: k.p.k.) w zakresie, w jakim – po ujawnieniu przy użyciu rejestrującego urządzenia technicznego przekroczenia przez niezidentyfikowanego kierującego pojazdem dopuszczalnej prędkości, niezastosowania się przez takiego kierującego do znaku lub sygnału drogowego bądź prowadzenia nieoświetlonego pojazdu – przewidują ciążyący na właścicielu lub posiadaczu tego pojazdu obowiązki wskazania na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, pod rygorem odpowiedzialności wykroczeniowej, bez możliwości uchylenia się od tego obowiązku w razie powierzenia pojazdu osobie najbliższej, kiedy ta dopuściła się wykroczenia, po pierwsze z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i art. 2 konstytucji, po drugie z art. 42 ust. 3 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 2 konstytucji oraz, po trzecie, z art. 47 w związku z art. 18, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1, art. 71 ust. 1 i art. 2 konstytucji. W obu przypadkach TK nie dopatrzył się sprzeczności badanych przepisów z konstytucją.

8 Zob. kolejno wyrok TK z dnia 12 marca 2014 r., P 27/13, OTK ZU 2014, nr 3A, poz. 30, oraz wyrok TK z dnia 30 września 2015 r., K 3/13, OTK ZU 2015, nr 8A, poz. 125.

9 Zdanie odrębne zgłosili sędziowie TK: W. Hermeliński, A. Wróbel i M. Zubik. Notabene za niezgodnością art. 96 § 3 k.w. m.in. z art. 2 Konstytucji RP, co było przedmiotem analizy we wskazanej sprawie P 27/13, także opowiedziało się trzech sędziów.

II.

Na wstępie zostało już zaznaczone, iż penalizowane na gruncie art. 96 § 3 k.w. zachowanie polega na niewskazaniu, wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 78 ust. 4 p.r.d., komu powierzono pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie. Czynność sprawcza w postaci niewskazania polega w zasadzie na odmowie udzielenia żądanych informacji, przy czym w rachubę wchodzi tu zarówno odpowiedź negatywna, a więc że osoby tej się nie wskaże, jak i zaniechanie udzielenia jakiejkolwiek informacji¹⁰. Jako że „obowiązek denuncjacji” nie dotyczy sytuacji, w której to pojazd został użyty wbrew woli i wiedzy jego właściciela bądź posiadacza przez nieznana mu osobę, czemu jednocześnie nie mógł on zapobiec (art. 78 ust. 4 p.r.d. *in fine*), niewskazanie w tym przypadku użytkownika samochodu nie będzie również realizowało znamion czynu z art. 96 § 3 k.w.¹¹

Oczywiste jest, że uprawnione organy zwrócą się do właściciela lub posiadacza pojazdu, gdy w związku z faktem poruszania się po drodze rzeczonym pojazdem dojdzie do naruszenia przepisów prawa, najpewniej wypełniającego jednocześnie znamiona czynu zagrożonego karą jako wykroczenie lub przestępstwo. Wówczas zachodzi bowiem konieczność identyfikacji osoby kierującej – w celu podjęcia kroków zmierzających do pociągnięcia jej do ewentualnej odpowiedzialności za dane naruszenie. Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż dobrem prawnym, jakie art. 96 § 3 k.w. ma zabezpieczać, jest właśnie porządek ruchu drogowego i bezpieczeństwo w komunikacji¹². Szczegółowo przedstawił to TK w uzasadnieniu wyroku zapadłego w przywoływanej

10 R.A. Stefański, *Wykroczenia...*, dz. cyt., teza 4.1. Odmienne, czyli że brak odpowiedzi nie może rodzić odpowiedzialności za niewskazanie osoby, gdyż znamię to wymaga pozytywne-go działania, A. Skowron, *Fotoradar – zawodne urządzenie*, „Rzeczpospolita” 2005, nr 4, s. 23, oraz W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 450.

11 W. Jankowski (w:) T.H. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 481. Także R.A. Stefański, *Wykroczenia...*, dz. cyt., teza 4.5.

12 Zob. A. Michalska-Warias (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 366.

sprawie P 27/03, wskazując za Marszałek Sejmu, iż „brak karnoprawnego zabezpieczenia art. 78 ust. 4 p.r.d. prowadziłby do tego, że obowiązek wskazania, komu został powierzony pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, byłby powszechnie ignorowany, stając się martwą literą prawa. W konsekwencji ustalanie sprawców przestępstw i wykroczeń drogowych w wielu przypadkach byłoby w ogóle niemożliwe, a efekt zapobiegawczy i wymuszający przestrzeganie przepisów o bezpieczeństwie

tego obowiązku wymaga od właściciela lub posiadacza pojazdu, aby najpierw wykrył, czy sam tym pojazdem nie kierował. Wskazując osobę, której powierzył się pojazd do kierowania w oznaczonym czasie, oświadcza się w sposób dorozumiany, iż samemu się go wówczas nie używało. Wynika stąd, iż treść obowiązku z art. 78 ust. 4 p.r.d. jest nieco szersza, niżby wskazywało na to brzmienie przepisu, dotyczy bowiem wskazania, kto w ogóle w danym czasie kierował pojazdem.



Treść obowiązku z art. 78 ust. 4 p.r.d. jest nieco szersza, niżby wskazywało na to brzmienie przepisu, dotyczy bowiem wskazania, kto w ogóle w danym czasie kierował pojazdem.

w ruchu drogowym z użyciem radarów praktycznie żaden. Brak art. 96 § 3 k.w. spowodowałby, że w sytuacji naruszenia przepisów p.r.d. utrwalonego za pomocą urządzenia rejestrującego właściciele lub posiadacze pojazdu notorycznie uchylaliby się od obowiązku wskazania, komu powierzyli pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie. W konsekwencji system automatycznej kontroli prędkości pojazdów nie spełniłby zakładanego celu, tzn. wymuszania przestrzegania ograniczeń prędkości i tym samym ograniczenia liczby wypadków drogowych oraz ich ofiar¹³.

O ile jednak art. 96 § 3 k.w. sankcjonuje „obowiązek denuncjacji” owej innej osoby, to spełnienie

Sposób, w jaki organy postępowania starają się wymóc na właścicielu (posiadaczu) pojazdu realizację rzeczzonego obowiązku, oddaje przy tym jego naturę. W razie zarejestrowania faktu naruszenia przepisów drogowych, w sytuacji gdy zachodzą wątpliwości co do osoby sprawcy wykroczenia (zwłaszcza z uwagi na niewyraźne zdjęcie z fotoradaru), do właściciela pojazdu kierowane jest pismo z alternatywnym żądaniem. Wzywa się go po pierwsze do wyrażenia zgody na przyjęcie mandatu karnego za ujawnione wykroczenie lub odmowy jego przyjęcia, co skutkować będzie skierowaniem do sądu wniosku o ukaranie. Po drugie, jeśli sam właściciel nie kierował pojazdem w oznaczonym czasie, wzywa się go – pod rygorem poniesienia kary określonej w art. 96 § 3 k.w. – do wskazania, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania. Chodzi przy tym o podanie danych osobowych umożliwiających identyfikację osoby, a więc co najmniej jej imienia i nazwiska oraz dokładnego adresu. Gdy właściciel nie chce wskazać osoby, zgodnie z wezwaniem ma jednoczesną możliwość wyrażenia zgody na przyjęcie lub też odmowy przyjęcia mandatu karnego za wykroczenie z art. 96 § 3 k.w.

13 Uzasadnienie wyroku TK z dnia 12 marca 2014 r. w sprawie P 27/13, pkt 3.2.4, cyt. wyżej, TK podkreślił, iż celem ustawy z dnia 29 października 2010 r., która wprowadziła do kodeksu wykroczeń przepis art. 96 § 3, było ograniczenie liczby wypadków drogowych za pomocą efektywnego systemu automatycznej kontroli prędkości pojazdów. Przepisy prawnokarne służą mają przeto skuteczniej egzekucji przestrzegania prawa o ruchu drogowym przez kierujących pojazdami, pkt 3.2.3 uzasadnienia wyroku.

III.

Z uwagi na przedstawiony zakres penalizacji można uznać, iż zarzut niekonstytucyjności, jaki stawia się pod adresem art. 96 § 3 k.w., sprowadza się do tego, że „ustawodawca (...) dopuścił, by po ujawnieniu, przy użyciu rejestrującego urządzenia technicznego, wykroczenia popełnionego przez niezidentyfikowaną osobę kierującą pojazdem właściwy organ mógł skierować do właściciela lub posiadacza sfotografowanego pojazdu alternatywne żądanie przyznania się przez tego właściciela lub posiadacza, że to on kierował tym pojazdem, co naraża go na odpowiedzialność za ujawnione wykroczenie drogowe, albo wskazania, pod rygorem poniesienia kary określonej w art. 96 § 3 k.w., komu powierzył zarejestrowany pojazd, co naraża wskazaną osobę na odpowiedzialność za ujawnione przez fotoradar wykroczenie. Tym samym ustawodawca uniemożliwił właścicielowi oraz posiadaczowi pojazdu skorzystanie z konstytucyjnie gwarantowanych domniemania niewinności i prawa do obrony”¹⁴.

Od innej strony przedstawił ten problem sędzia TK Wojciech Hermeliński, uzasadniając zdanie odrębne złożone do przywoływanego wyroku TK w sprawie K 3/13. Niespełnienie obowiązku wynikającego z art. 78 ust. 4 p.r.d. powodować ma według niego swoistą zmianę kwalifikacji prawnej czynu, a mianowicie z art. 92a k.w. (odpowiednio innego przepisu sankcjonującego naruszenie przepisów prawa o ruchu drogowym) na art. 96 § 3 k.w. Jak czytamy, „obwiniony, odmawiając wskazania osoby kierującej pojazdem, która sfotografowana została w momencie przekraczania dozwolonej prędkości, nie poniesie odpowiedzialności za przekroczenie prędkości, ale będzie odpowiadał za odmowę wskazania sprawcy wykroczenia”¹⁵. Zaznacza on zarazem, że przepis art. 96 § 3 k.w. ustanawia *de facto*

sankcję za zaniechanie udowodnienia własnej niewinności poprzez denuncjację innej osoby, będącej domniemanym sprawcą wykroczenia¹⁶.

W rzeczy samej zarysowany powyżej „obowiązek denuncjacji” zdaje się przede wszystkim godzić w konstytucyjne prawo oskarżonego (obwinionego¹⁷) do obrony biernej, to znaczy – do milczenia, w tym do nieobwiniania się i niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść¹⁸. Stąd też brak po stronie oskarżonego (obwinionego) obowiązku dowodzenia swej niewinności. Gwarancje prawa do obrony wynikać mają z zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, która jakkolwiek wprost nie została wysłowiona w przepisach konstytucyjnych, to zwykle się ją wprowadzać właśnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP¹⁹. Jej istota polega bowiem na tym, iż decyzja co do czynnego uczestnictwa w procesie, do prowadzenia aktywnej obrony, winna być pozostawiona samemu oskarżonemu (obwinionemu)²⁰. Jednocześnie wska-

16 Tamże.

17 Zgodnie z orzecznictwem TK konstytucyjne prawo do obrony jest standardem demokratycznego państwa prawnego, w związku z czym odnosi się nie tylko do postępowania karnego *sensu stricto*, ale do wszystkich postępowań o charakterze represyjnym, w tym postępowania w sprawach o wykroczenia. Zob. przykładowo wyroki TK: z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK ZU 2002, nr 4A, poz. 50, z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTK ZU 2004, nr 10A, poz. 103 czy z dnia 6 grudnia 2004 r., SK 29/04, OTK ZU 2004, nr 11A, poz. 114.

18 Zob. art. 74 § 1 k.p.k. oraz art. 175 § 1 k.p.k., które konkretyzują uprawnienie gwarantowane art. 42 ust. 2 konstytucji na gruncie ustawy karnoprocesowej, a które na mocy art. 20 § 3 k.p.w. stosuje się odpowiednio w postępowaniu wykroczeniowym.

19 Zob. B. Nita, *Konstytucyjne zakorzenienie zasady nemo tenetur se ipsum accusare* (w:) J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 220–234. Także postanowienie TK z dnia 21 grudnia 2007 r., Ts 62/07, OTK-B 2008, nr 2, poz. 69. Notabene art. 14 ust. 3 lit. g Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167) wprost ustanawia prawo do „nieprzymuszania do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy”.

20 Zob. Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego* (*nemo se ipsum accusare tenetur*), Warszawa 1982, s. 73,

14 Tak pismo procesowe Prokuratora Generalnego z dnia 12 czerwca 2014 r., modyfikujące wniosek do TK, <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%203/13> (dostęp 10.11.2015), s. 35–36.

15 Uzasadnienie zdania odrębnego sędziego TK W. Hermelińskiego, <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?cid=1&dokument=12889&sprawa=11080> (dostęp 25.02.2016), akapit 288 wyroku.

zuje się, że przyjęcie przez niego pozycji biernej nie może stanowić okoliczności obciążającej²¹.

Zdaniem TK kwestionowany przepis wcale nie ogranicza konstytucyjnych reguł gwarancyjnych. W uzasadnieniu wyroku w sprawie K 3/13 *explicito* zostało stwierdzone, iż właściciel lub posiadacz pojazdu nie będzie ponosił odpowiedzialności za wy-

wskazania siebie jako sprawcy następuje w ramach realizacji prawa do obrony²³.

Powyższe twierdzenie TK spotkało się jednak z interpretacją idącą w innych zgoła kierunku. Zdaniem mianowicie Andrzeja Skowrona, komentującego wydane rozstrzygnięcie, właściciel lub posiadacz pojazdu, do którego organ procesowy zwrócił się



„Obowiązek denuncjacji” zdaje się przede wszystkim godzić w konstytucyjne prawo oskarżonego (obwinionego) do obrony biernej, to znaczy – do milczenia, w tym do nieobwiniania się i niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść.

kroczenie z art. 96 § 3 k.w. w sytuacji, gdy uchylenie się od obowiązku wskazania, komu powierzył pojazd, będzie stanowiło realizację prawa do obrony, a to na podstawie art. 74 § 1 k.p.k. w związku z art. 20 § 3 k.p.w.²² Powołano się w tym kontekście na stanowisko Ryszarda A. Stefańskiego, wedle którego odpowiedzialność sprawcy wykroczenia drogowego za odrębne wykroczenie z art. 96 § 3 k.w. jest w tym przypadku wyłączona na zasadzie kontratypu działania w ramach uprawnień, jako że odmowa

o wskazanie osoby kierującej w chwili wykroczenia (zwłaszcza tego stypizowanego w art. 92a k.w., a którego fakt popełnienia został zarejestrowany przez fotoradar), nie może uchylić się od tego obowiązku, nawet jeżeli to on sam pojazdem tym kierował. Na uzasadnienie tego stanowiska wskazuje autor okoliczność, iż prawo do obrony przysługuje oskarżonemu (obwinionemu) dopiero od momentu, gdy organ procesowy nabierze uzasadnionych podejrzeń, że sprawcą danego wykroczenia może być określona osoba, co na etapie wezwania do wskazania osoby, której powierzyło się pojazd, nie ma jeszcze miejsca. Jak czytamy, „w sytuacji gdy [organ procesowy – przyp. wł.] takich podejrzeń nie posiada, a jedynie przypuszcza (wszak samochodem kieruje zwykle jego właściciel), nie można mówić jeszcze o stadium postępowania, które predestynuje właściciela (posiadacza) pojazdu – ale nie tylko – do skorzystania z prawa do odmowy odpowiedzi na zadawane mu pytania”²⁴.

czy B. Nita, *Konstytucyjne zakorzenienie...*, dz. cyt., s. 220.

Por. także wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) z dnia 25 lutego 1993 r. w sprawie *Funke v. France*, skarga nr 10828/84, Lex nr 80675, gdzie wskazano, iż zakaz samooskarżania służyć ma uszanowaniu woli oskarżonego w zakresie korzystania z prawa do milczenia. Prawo do milczenia uznane zostało za gwarancję rzetelności postępowania.

21 Tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 marca 2009 r., II AKa 50/09, KZS 2009, nr 12, poz. 76 czy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2008 r., III KK 363/07, OSNKW 2008, nr 4, poz. 28.

22 Wyrok TK z dnia 30 września 2015 r. w sprawie K 3/13, cyt. wyżej, uzasadnienie, pkt 4.8.

23 R.A. Stefański, *Wykroczenia...*, dz. cyt., teza 7.8.

24 A. Skowron, *Glosa do wyroku TK z dnia 12 marca 2014 r., P 27/13*, LEX/el. 2014, czy A. Skowron, *Kodeks postępowania*

Autor powołał się w tym kontekście na stanowisko TK wyrażone na kanwie sprawy K 37/11²⁵, w myśl którego zawarte w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP sformułowanie „we wszystkich stadiach postępowania” odnosi się (również) do stadium, w którym występuje uzasadnione przypuszczenie, że dana osoba mogła się dopuścić przestępstwa (wykroczenia), co znajduje wyraz w podjęciu czynności mających na celu jej ściganie²⁶.

IV

Analizując powyższą kwestię, mieć należy na uwadze, iż wezwanie kierowane do właściciela lub posiadacza pojazdu nie sprowadza się wyłącznie do wskazania osoby, której powierzono pojazd, ale – o czym była już mowa – do wskazania, kto w oznaczonym czasie kierował pojazdem w ogóle. Tylko wówczas można sensownie mówić o obowiązku z art. 78 ust. 4 p.r.d., gdy uprzednio się wykluczy, że kierowcą pojazdu był sam jego właściciel lub posiadacz. Wezwanie przeto do wyjawienia, kto w danym momencie kierował pojazdem, jest

w sprawach o wykroczenia. Komentarz, Warszawa 2010, s. 34–35. Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 24, gdzie podaje się, że prawo do obrony wiąże się *stricto* ze statusem obwinionego, w związku z czym przed skierowaniem do sądu wniosku o ukaranie, na etapie postępowania wyjaśniającego, ono nie przysługuje. Osobie, co do której istnieje uzasadniona podstawa do sporządzenia przeciwko niej rzeczonego wniosku, przysługuje przy tym prawo odmowy zeznań na podstawie art. 54 § 6 k.p.w. Dodać w tym miejscu należy, że pogląd ten został wyrażony przed wydaniem przez TK orzeczenia w sprawie K 19/11, gdzie stwierdzono niekonstytucyjność art. 4 k.w. w zakresie, w jakim pomija prawo osoby, wobec której istnieje uzasadniona podstawa do sporządzenia przeciwko niej wniosku o ukaranie, do korzystania z obrońcy na etapie czynności wyjaśniających. Zob. wyrok z dnia 3 czerwca 2014 r. (Dz.U. nr 786).

25 Zob. uzasadnienie wyroku TK z dnia 11 grudnia 2012 r., K 37/11, OTK ZU 2012, nr 11A, poz. 133.

26 Por. także orzeczenia Sądu Najwyższego: wyrok SN z dnia 9 lutego 2004 r., V KK 194/03, OSNKW 2004, nr 4, poz. 42, uchwała SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 4/07, OSNKW 2007, nr 6, poz. 45 oraz uchwała SN z dnia 20 września 2007 r., I KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71.

w tym przypadku immanentnie związane z treścią przedmiotowego przepisu. Przyjmując tymczasem, iż sprawcą zarejestrowanego wykroczenia był właśnie ów właściciel lub posiadacz, musimy zauważyć, że wezwanie do złożenia oświadczeń w przedmiocie osoby kierującego zmusza w zasadzie adresata tego wezwania do przyjęcia aktywnej postawy i złożenia „wyjaśnień”. Ma on albo dostarczyć dowód na swoją niekorzyść poprzez przyznanie się do sprawstwa – w drodze przyjęcia lub odmowy przyjęcia mandatu karnego za zarejestrowane wykroczenia²⁷ – albo oddalić od siebie podejrzenie poprzez fałszywe wskazanie innej osoby, która mogła prowadzić jego pojazd.

Jeśli momentem „aktualizacji” prawa do obrony ma być podjęcie przez organy procesowe czynności ukierunkowanych na ściganie sprawcy, to powyższy przypadek uznać należy za relewantny. Na prawo do obrony winno się bowiem patrzeć z perspektywy sprawcy i tego, czy okoliczności faktyczne zmuszają go do podjęcia działań neutralizujących zagrożenie jego interesów, nie zaś z punktu widzenia organów ścigania i zebranego przez nie materiału dowodowego²⁸. Skoro do właściciela lub posiadacza pojazdu kieruje się pismo, w którym wzywa się go do przyję-

27 Warto zaznaczyć, że w sytuacji, gdy fakt popełnienia wykroczenia został stwierdzony za pomocą urzędzenia rejestrującego, z uzyskanych w ten sposób dowodów na naruszenie przepisów drogowych ciężko polemizować. Skoro zaś „brakującym elementem” do nałożenia mandatu karnego, odpowiednio wszczęcia postępowania przed sądem, jest tożsamość sprawcy, właściciel pojazdu jest zmuszany do dostarczenia oskarżeniu kluczowego dla sprawy dowodu, co mocno ogranicza szanse jakiegokolwiek skutecznej obrony. Por. zdanie odrębne, jakie wyrazili sędziowie P. Lorenzen, E. Levits i K. Hajiyeu do wyroku ETPC z dnia 8 kwietnia 2004 r. w sprawie *Weh v. Austria*, SIP Lex nr 125873, gdzie analizowano status osoby zobowiązanej do ujawnienia danych identyfikacyjnych osoby prowadzącej pojazd utrwalony na zdjęciu, gdy przekroczono nim dopuszczalną prędkość.

28 Por. W. Jasiński, *Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 7–8, s. 16, gdzie czytamy: „orzecznictwo Trybunału strasburskiego jasno dowodzi, że o istnieniu oskarżenia w sprawie karnej nie decyduje nabycie statusu oskarżonego zgodnie z przepisami prawa krajowego (np. poprzez

cia lub odmowy przyjęcia mandatu karnego, a które oparte jest na uzasadnionym w świetle zasad doświadczenia życiowego przypuszczeniu, że on sam kierował pojazdem w chwili, gdy doszło do wykroczenia, to niewątpliwie rodzi to konieczność ochrony jego interesów. Przedstawioną przez A. Skowrona interpretację stanowiska TK z tego powodu uznać trzeba za nieprawidłową, iż moment „powzięcia

znawalny, ale zależy ponadto jedynie od osobistych właściwości funkcjonariusza reprezentującego organ ścigania. Uzależnienie powstania kluczowego dla oskarżonego (obwinionego) uprawnienia od tak nieostrego, subiektywnego w zasadzie kryterium, jest nie do przyjęcia. W konsekwencji właścicielowi lub posiadaczowi pojazdu nie sposób w tym przypadku odmówić prawa do obrony, a wraz z nim –



Na prawo do obrony winno się patrzeć z perspektywy sprawcy i tego, czy okoliczności faktyczne zmuszają go do podjęcia działań neutralizujących zagrożenie jego interesów, nie zaś z punktu widzenia organów ścigania i zebranego przez nie materiału dowodowego.

uzasadnionych podejrzeń” co do sprawstwa danej osoby wcale nie jest tożsamy z ferowanym przez TK „uzasadnionym przypuszczeniem”, które warunkuje podjęcie czynności procesowych ukierunkowanych na jej ściganie²⁹. Wskazany przez autora moment – nieznajdujący odzwierciedlenia w żadnej czynności procesowej – nie tylko nie jest obiektywnie rozpo-

przedstawienie zarzutów), ale kontekst sytuacji, w której dana osoba jest zmuszana do dostarczenia inkryminujących dowodów”.

29 Notabene Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 września 2007 r. wydanej na kanwie sprawy KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71, opowiada się za jeszcze szerszym rozumieniem prawa do obrony, wskazując mianowicie, iż chroni ono „każdego uczestnika postępowania karnego, który zobowiązany jest do składania oświadczeń procesowych, który w razie ujawnienia przestępstwa mógłby być narażony na odpowiedzialność karną. Chroni zatem potencjalnego podejrzanego jeszcze przed postawieniem mu jakiegokolwiek zarzutu, od momentu popełnienia czynu”. Do stanowiska tego nawiązał TK w postanowieniu z dnia 21 grudnia 2007 r., Ts 62/07, cyt. wyżej.

prawa do milczenia i do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Odnieść to należy także do braku obowiązku dowodzenia swej niewinności poprzez „denuncjowanie” innych osób.

Zgodzić się zatem należy z TK, iż w sytuacji, gdy brak wskazania osoby, której powierzono pojazd do kierowania lub używania, wiązał się z realizacją przysługującego właścicielowi lub posiadaczowi pojazdu prawa do obrony, nie będzie można go pociągnąć do odpowiedzialności za wykroczenie z art. 96 § 3 k.w. Wynika to mianowicie stąd, iż nieuczynienie zadość owemu obowiązkowi nie ma charakteru bezprawnego. Mimo istnienia przepisu zabraniającego pod groźbą kary określonego zachowania – w tym wypadku odmowy wskazania osoby kierującego – do podjęcia tegoż zachowania uprawnia właściciela (posiadacza) pojazdu inny przepis prawa, a mianowicie art. 74 § 1 k.p.k., stosowany w postępowaniu wykroczeniowym na podstawie art. 20 § 3 k.p.w. Za R.A. Stefańskim powtórzyć przeto należy, iż sprawca działa w tym przypadku w ramach kontratypu przysługujących

mu uprawnień, co zgodnie z powszechnie przyjmowanym stanowiskiem „wtórnie” legalizuje jego zachowanie³⁰.

V.

Z powyższej perspektywy przepis art. 96 § 3 k.w. rzeczywiście nie stałby w sprzeczności z konstytucyjnym prawem do obrony. Obwiniony ma tu bowiem możliwość uchylenia się od sankcjonowanego obowiązku na podstawie art. 74 § 1 k.p.k. w związku z art. 20 § 3 k.p.w., konkretyzujących uprawnienie z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP w przepisach ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Zaznaczyć przy tym należy, że uchylenie się od odpowiedzi na wystosowane wezwanie pociągnie za sobą najpewniej wniosek o ukaranie za przedmiotowe wykroczenie, niemniej postępowanie przed sądem, uwzględniające przyczynę uchylenia, będzie się musiało zakończyć wyrokiem uniewinniającym. Jako że korzystanie z prawa do obrony nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla obwinionego, powołanie się na nie w sprawie o czyn z art. 96 § 3 k.w. nie może również stanowić żadnego dowodu sprawstwa w sprawie o wykroczenie, w związku z którym skierowane zostało wezwanie do wskazania osoby kierującej pojazdem.

Zastrzec w tym miejscu należy, że spore wątpliwości budzi jednak praktyka egzekwowania przedmiotowego obowiązku przez organy ścigania, która rzeczywiście utrudnia realizację konstytucyjnych uprawnień. W sytuacji bowiem, gdy osobie wezwanej do wskazania, kto w danym czasie kierował pojazdem, przy użyciu którego doszło do popełnienia czynu zabronionego, przysługuje prawo do obrony, to winna być ona o nim poinformowana. Co istotne, w literaturze spotkać można głosy, iż ten, kto składa wyjaśnienia w błędnym przeświadczeniu, iż jest do tego zobowiązany, nie działa w warunkach

swobody wypowiedzi³¹. W przypadku przedmiotowego wezwania powstanie w świadomości „wzwanego” takiego błędnego przeświadczenia jest wysoce prawdopodobne – zwłaszcza gdy się zważy na realne widmo sankcji z art. 96 § 3 k.w. (wszak właściciel lub posiadacz pojazdu nie tylko jest informowany o zagrożeniu karą, ale proponuje mu się od razu przyjęcie stosownego mandatu karnego). Tymczasem nieskorzystanie przez oskarżonego – obwinionego lub osobę, w stosunku do której organy ścigania podjęły czynności ukierunkowane na pociągnięcie jej do odpowiedzialności – z prawa do odmowy składania wyjaśnień z tego właśnie powodu, iż organy procesowe nie poinformowały go o przysługującym uprawnieniu, prowadzić może do dyskwalifikacji takiego dowodu w oparciu o art. 171 § 6 k.p.k. w związku z art. 39 § 2 *in fine* k.p.w.³²

W miejscu tym zwrócić należy jeszcze uwagę na jedną ciekawą kwestię. Prawo do obrony jest uprawnieniem *stricte* procesowym, przysługuje ono nie tylko sprawcy w rozumieniu prawa materialnego, ale każdej osobie, przeciwko której toczy się postępowanie w sprawie o wykroczenie, a to wobec której podejmowane są czynności ukierunkowane na pociągnięcie jej do odpowiedzialności – nawet, gdy nie jest ona rzeczywistym sprawcą danego wykroczenia. Możliwość powołania się na nie winna zatem przysługiwać każdemu, do kogo organ procesowy wystosował przedmiotowe wezwanie. W analizowanym przypadku mamy bowiem do czynienia z czynnościami mającymi na celu pociągnięcie danej osoby do odpowiedzialności za zarejestrowane przez fotoradar wykroczenie, opierającymi się na uzasadnionym przypuszczeniu, iż osobą kierującą danym pojazdem był sam jego właściciel lub posiadacz. Zwłaszcza wezwanie do przyjęcia mandatu karnego – „zagrożone” skierowaniem do sądu wniosku o ukaranie w razie odmowy – rodzić może konieczność podjęcia obrony, ponieważ jego adresat

30 Zob. T.H. Grzegorzczak (w:) T.H. Grzegorzczak (red.), *Kodeks...*, dz. cyt., s. 29–30, gdzie zwraca się uwagę na istnienie tzw. kontraktów pozaustawowych, w tym dopuszczalnej przez prawo cywilne samopomocy, zwyczaju czy działania w ramach dozwolonego ryzyka lub – właśnie – w ramach uprawnień wynikających z innych przepisów prawa.

31 D. Tarnowska, *Uprawnienia oskarżonego w świetle prawa do obrony*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8, s. 138.

32 Zob. M. Jeż-Ludwichowska, *Wyjaśnienia oskarżonego a prawo do informacji*, „Palestra” 2003, nr 3–4, s. 50; D. Tarnowska, *Uprawnienia...*, dz. cyt., s. 138.

nie wie w zasadzie, jakim materiałem dowodowym będą dysponować organy procesowe.

Z drugiej strony, jeśli organy ścigania nie dysponują innym dowodem niż niewyraźne zdjęcie z fotoradaru, to wykazanie, iż właściciel lub posiadacz pojazdu bezzasadnie uchylił się od odpowiedzialności na wezwanie, będzie w zasadzie niemożliwe. Przypadek, w którym do uchylenia doszło w rzeczywistości nie z uwagi na realizację własnego prawa do obrony, ale celem ochrony osoby najbliższej, tak-

Już tylko na marginesie można dodać, iż w myśl art. 101 § 1 zdanie pierwsze k.w. prawomocny mandat karny podlega niezwłocznie uchyleniu, gdy grzywnę nałożono za czyn niebędący czynem zabronionym jako wykroczenie albo na osobę, która popełniła ów czyn przed ukończeniem 17 roku życia, albo gdy ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia wykroczenia z przyczyn wskazanych w art. 15–17 k.w., to jest w okolicznościach wyłączających bezprawność czynu lub winę spraw-



Prawo do obrony jest uprawnieniem *stricte* procesowym, przysługuje ono nie tylko sprawcy w rozumieniu prawa materialnego, ale każdej osobie, przeciwko której toczy się postępowanie w sprawie o wykroczenie, a to wobec której podejmowane są czynności ukierunkowane na pociągnięcie jej do odpowiedzialności – nawet, gdy nie jest ona rzeczywistym sprawcą danego wykroczenia.

że będzie niełatwy do zweryfikowania. Z tej zaś perspektywy obowiązek sankcjonowany przepisem art. 96 § 3 k.w. jawi się jako swoiste „zobowiązanie naturalne” – jeśli adresat wezwania będzie chciał przyjąć mandat bądź wskazać osobę, której powierzył pojazd do kierowania lub używania, to ma oczywiście taką możliwość. Korzystanie z prawa do obrony nie jest wszak obowiązkiem. Jeśli jednak skorzysta on z gwarancji wynikającej z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, znajdującej swój wyraz w art. 74 § 1 k.p.k. w związku z art. 20 § 3 k.p.w., to nie będzie mógł być pociągnięty do odpowiedzialności za niewskazanie osoby kierującego zgodnie z wezwaniem.

cy. Jeśli właściciel lub posiadacz pojazdu odmówił wskazania osoby, której powierzył pojazd do używania lub kierowania, a uczynił to w ramach przysługującego mu prawa do obrony, to o popełnieniu wykroczenia nie może być mowy – z uwagi na kontratyp działania w ramach uprawnień. Wydaje się, że i w tym przypadku, tzw. kontratypu pozaustawowego, z uwagi na charakter tychże instytucji i konsekwencje ich zastosowania, w szczególności wyłączenie odpowiedzialności za dane wykroczenie, winno się stosować art. 101 § 1 k.w. *per analogiam* – na korzyść obwinionego. Rozważania te wykraczają już jednak poza zakres materiału niniejszego opracowania.

Bibliografia

- Bojarski T. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Grzegorzczak T.H., *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Grzegorzczak T.H. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Jasiński W., *Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 7–8.
- Jeż-Ludwichowska M., *Wyjaśnienia oskarżonego a prawo do informacji*, „Palestra” 2003, nr 3–4.
- Kotowski W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Nita B., *Konstytucyjne zakorzenienie zasady nemo tenetur se ipsum accusare* (w:) J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa profesor Zofii Świdy*, Warszawa 2009.
- Skowron A., *Fotoradar – zawodne urządzenie*, „Rzeczpospolita” 2005, nr 4.
- Skowron A., *Głos do wyroku TK z dnia 12 marca 2014 r., P 27/13, LEX/el.* 2014.
- Skowron A., *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Sobolewski Z., *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982.
- Stefański R.A., *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, LEX 2013.
- Tarnowska D., *Uprawnienia oskarżonego w świetle prawa do obrony*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8.

Małżeństwo po angielsku



Jan Halberda

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Powszechnej Historii Państwa i Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, radca prawny. Zajmuje się angielskim common law w zakresie prawa prywatnego i procesowego.

Przedmiotem niniejszej recenzji jest książka Magdaleny Butrymowicz i Piotra Krocza *Angielskie prawo rodzinne*¹. Mając na względzie skalę emigracji młodych Polaków do Wielkiej Brytanii, a w szczególności do Anglii i Walii, można przypuszczać, że praca, chociaż poświęcona prawu obcemu, mogłaby znaleźć praktyczne zastosowanie w polskich sądach². Tym bardziej warto poddać ją ocenie.

1. Uwagi wstępne

Zacznijmy od tytułu książki, który – niestety – nie kore-

sponduje z jej treścią. Choć w nauce angielskiej funkcjonuje pojęcie *family law* określające gałąź prawa mającą równie szeroki zakres jak jego polski odpowiednik³, to autorzy zajęli się wyłącznie jego wycinkiem – częścią prawa małżeńskiego osobowego. Omawiają bowiem zagadnienia odnoszące się do zawarcia związku małżeńskiego oraz możliwości jego zakończenia. Stosunki osobiste między małżonkami w trakcie trwania małżeństwa, problematyka prawa małżeńskiego majątkowego, prawo opiekuńcze zostały pominięte. Zapewne lepiej oddawałby tematykę książki tytuł „Zawarcie i ustanie związku małżeńskiego w prawie angielskim”.

Przedmiotem zainteresowania autorów ma być prawo angielskie (tytuł, także s. 12). Jak wia-

1 M. Butrymowicz, P. Krocze, *Angielskie prawo rodzinne*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2015, stron 160.

2 Zauważmy, że forma zawarcia małżeństwa podlega prawu państwa, gdzie jest ono zawierane (art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe). W wypadku małżeństw mieszanych, wobec braku wspólnego prawa ojczystego, do stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami stosowane będzie prawo państwa, w którym mają oni miejsce zamieszkania lub w jego braku – miejsce pobytu (art. 51 ust. 2; podobnie w razie żądania rozwiązania małżeństwa – art. 54 ust. 2). Już z tych przyczyn stosowanie angielskiego prawa małżeńskiego przez polski sąd może nie stanowić rzadkości.

3 Por. S. Harris-Short, J. Miles, R. George, *Family Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford 2015; G. Slapper, D. Kelly, *The English Legal System*, Routledge 2015, s. 281 i n. Książki te obejmują zagadnienia prawa małżeńskiego osobowego (w tym zawarcie i ustanie małżeństwa, stosunki między małżonkami), majątkowego, prawa opiekuńczego (stosunki rodziców i dzieci, władza rodzicielska, przysposobienie), a w końcu problematykę alimentacji i przemoc domowej.

domo, „angielski” to nie to samo co „brytyjski”. Tymczasem oba pojęcia stosowane są zamiennie (s. 16, 34, 93, 98); mowa jest nawet o członkostwie Anglii – a nie Wielkiej Brytanii – w Unii Europejskiej (s. 24). Z kolei niektóre przykłady rozstrzygnięć sądowych, które podawane są jako ilustracje angielskich rozwiązań prawnych, okazują się przy bliższej analizie orzeczeniami amerykańskimi⁴. Chociaż – z uwagi na uwarunkowania historyczne – prawo małżeńskie po obu stronach Atlantyku ma ze sobą wiele wspólnego, to jednak za konieczne należy uznać zaznaczenie przywołania orzeczenia pochodzącego z innej jurysdykcji.

W znacznie szerszym zakresie autorzy powinni posługiwać się przypisami bibliograficznymi. Wielokrotnie prezentują tezy doktryny prawa, wskazując tendencje orzecznicze, ale nie przywołują w tych wypadkach żadnych źródeł – publikacji naukowych lub wyroków pozwalających na weryfikację formułowanych twierdzeń (mowa jest o „klasycznej doktrynie”, „wszystkich autorach” – s. 28, 40, 127, 135). Powołując tezę „współczesnej doktryny”, wedle której małżeństwo to para osób (s. 43), autorzy w przypisie odsyłają do *Black's Law Dictionary*. Kilkanaście lat temu zapewne nie wymagano by od nich niczego więcej. Teraz, w XXI wieku należy jednak postawić pytanie, czy owa „współczesna doktryna” zakłada, że małżonkowie są osobami różnej płci. W oparciu o ten fragment można odpowiedzieć, że nie. Czy to stanowisko jest akceptowane powszechnie w angielskiej nauce prawa i w orzecznictwie, czy też formułowane są również inne – może mniejszościowe – poglądy? W tak fundamentalnej kwestii odesłanie do słownika prawniczego uznać należy za niewystarczające⁵.

4 Chodzi w tym miejscu o wyroki wydawane w Arkansas: *Lucas v. Handcock* (1979), 266 Ark. 142, 583 S.W.2d 491, s. 18, *Shannon v. Wilson* (1997), 329 Ark. 143, 947 S.W. 2d 349, s. 31; w Connecticut: *Singh v. Singh* (1990), 213 conn. 637, 569 A.2d 1112, s. 87, oraz – tu już ze wskazaniem źródła – przez federalny Sąd Najwyższy: *Plessy v. Fergusson* (1896), 163 U.S. 537, s. 20.

5 Czytelnik z chęcią sięgnąłby również do przypisu, kiedy autorzy np. wskazują (s. 85), że od 1604 r. bigamia stanowi przestępstwo (czy wydano wówczas jakiś wyrok w tej materii?)

2. Źródła prawa

Zastrzeżenia budzi sposób, w jaki autorzy zajęli się problematyką źródeł prawa, relacjami pomiędzy *common law* a *statute law* (tj. normami będącymi wytworem orzecznictwa a tymi wywodzonymi z ustaw), a w końcu koncepcją precedensu.

Autorzy wskazują, że *common law* w znacznej mierze wypracowane zostało przez praktykę sądów. Następnie dokonują wyliczenia tych ostatnich, kierując się – ahistorycznie – obowiązującą współcześnie strukturą wymiaru sprawiedliwości (s. 18). W kontekście prezentacji problematyki źródeł prawa jest to zabieg niewłaściwy. Zauważmy, że powołanemu przez nich na pierwszym miejscu Sądowi Najwyższemu Zjednoczonego Królestwa (*Supreme Court of the United Kingdom*) już choćby z racji krótkiego stażu jeszcze wiele brakuje do odegrania tak istotnej roli, jaka była udziałem Izby Lordów czy sądów westminsterskich (s. 18, 33)⁶. *Supreme Court of the United Kingdom* funkcjonuje bowiem dopiero od 2009 r. na mocy *Constitutional Reform Act* 2005 (c. 4). O Izbie Lordów, która wcześniej pełniła rolę najwyższej instancji wymiaru sprawiedliwości, autorzy nie wspominają.

Książka zawiera wiele uproszczeń, które mogą wprowadzić w błąd czytelnika: „W optyce niniejszych rozważań znajdzie się wyłącznie prawo Anglii i Walii, które w Wielkiej Brytanii zawarte jest w *Public General Act*” (s. 12). Jak rozumieć to twierdzenie? Przecież prawo małżeńskie nie jest regulowane wyłącznie ustawowo, lecz wiele norm wypracowanych zostało przez orzecznictwo sądowe. Z drugiej strony trudno zostawić bez komentarza tezę odnoszącą się do prawa angielskiego w ogół-

lub że dopiero od 1998 r. funkcjonuje w brytyjskim systemie prawnym wyartykułowana wprost norma uprawniająca do zawarcia małżeństwa (s. 34) – zapewne chodzi o *Human Rights Act* 1998 (c. 42). Z drugiej strony niekiedy autorzy są zbyt drobiazgowi, omawiając poszczególne rubryki formularza sądowego lub wskazując, ile odpisów pisma należy załączyć (s. 116, 132).

6 Chociaż autorzy wskazują na wiodącą rolę brytyjskiego Sądu Najwyższego w rozwoju prawa rodzinnego (s. 33), to analiza listy orzeczeń (s. 153–155) pozwala stwierdzić, że powołują tylko jeden wyrok tego sądu – *Granatino v. Granatino* (2010), UKSC 42.

ności, że prawo stanowione jest tylko dopełnieniem prawa precedensowego (s. 23). Nie wiadomo, co autorzy rozumieją pod pojęciem „prawo precedensowe”. Wydaje się, że używają go jako odpowiednika jednego z kilku znaczeń *common law* – prawa będącego wytworem orzecznictwa sądowego (*case law*, *judge-made law*). W niektórych działach prawa – tak samo jak na kontynencie europejskim – rola ustaw jest niezwykle istotna⁷.

W innym z kolei miejscu autorzy piszą: „Prawo zwyczajowe angielskie zaś oparte było na systemie precedensów. Zgodnie z normą zwyczajową sędziowie w swoich orzeczeniach nie musieli kierować się orzeczeniami innych sądów w sprawie, którą właśnie rozpatrywali, jeżeli taką podjęli decyzję” (s. 16–17). Nie wskazują, kiedy ów system umocnił się w Anglii, a także co przez to pojęcie rozumieją. W końcu nie wyjaśniają, w jakich wypadkach sędziowie mogą odstąpić od precedensu. Zaskakujące, że autorzy akcentują kwestię pomijania wcześniejszych orzeczeń, podczas gdy system precedensów raczej wiąże się z nawiązywaniem do nich niż odwrotnie. Lakoniczne stwierdzenie autorów winno zostać zatem opatrzone szerszym komentarzem.

Zbytним uproszczeniem jest postawiona kategorycznie teza, wedle której angielscy sędziowie podążają za zasadą (*reason*) wyroku, natomiast ich koledzy w systemie *civil law* opierają się na wykładni literalnej (s. 19). W angielskiej nauce daje się zaobserwować wręcz odwrotną sytuację. To właśnie angielscy prawnicy znani są z upodobania do literalnej interpretacji tekstów, z niechęcią zaś odnoszą się do wykładni celowościowej. Ta ostatnia wprawdzie nabiera w ostatnich dekadach znaczenia, ale dzieje się tak z uwagi na stosowanie prawa unijnego w Wielkiej Brytanii⁸.

Dalej, zdaniem autorów na kontynencie ustala się, czy dany stan faktyczny pozwala zastosować określoną normę prawną, a w Anglii „sędzia podejmuje

decyzję zgodnie z zasadami moralności i zwyczaju” (s. 21). Wydaje się, że nic bardziej błędnego. Po obu stronach kanału La Manche prawnicy dokonują procesu subsumcji faktów sprawy pod określoną normę. Różnica tkwi w źródle owych norm prawnych. Kontynentalny jurysta zaczyna ich poszukiwanie w ustawie, Anglik natomiast – w *case law*, dotychczasowym orzecznictwie.

W tym kontekście warto odnieść się do fragmentu książki na temat *equity*. Zestawianie systemu *equity* z konstrukcją art. 5 polskiego kodeksu cywilnego wydaje się nieuzasadnione (s. 22)⁹. Zauważmy, że *equity law* to porządek prawny, który począwszy od schyłku średniowiecza rozwijał się na skutek działalności orzeczniczej Sądu Kanclerskiego – *Court of Chancery* (nie zaś *High Court of Chancery*, jak piszą autorzy, s. 23). Funkcją *equity law* było pierwotnie łagodzenie sformalizowanych zasad *common law*, które oparte było na systemie średniowiecznych rytów. Z tej przyczyny pojęcia *equity* i *equity law* tłumaczy się niekiedy jako „słuszność” i „prawo słusnościowe”. Trudno zgodzić się z tezą autorów, że *equity* łągodzi system precedensu¹⁰, ponieważ również w ramach *equity law* z czasem wypracowane zostały sformalizowane zasady (jak zasada precedensu), podobne do tych funkcjonujących w ramach *common law*. Na skutek reform sądownictwa przeprowadzonych w 1873 r. doszło do zniesienia przestrzeganego wcześniej podziału na sądy orzekające według *common law* i te związane *equity law*. Od tamtej pory każdy z sądów mógł uwzględniać normy pochodzące z obu systemów. Mimo to podziały wciąż są widoczne. Nie polegają one jednak – jak twierdzą autorzy (s. 23) – na wyróżnieniu sądów orzekających wedle precedensu (*Queen’s Bench Division*) i wedle *equity* (*Chancery Division*), ale na tym, że pewne działy

9 Nie wydaje się, by wystarczającą podstawą tej analogii mogło być występowanie zarówno w *equity law*, jak i na gruncie art. 5 k.c. zasady „czystych rąk”. Na obecność tej zasady – nie wprowadzając jednak analogii między *equity law* i art. 5 k.c. – zwraca uwagę A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 155.

10 Autorzy zdają się utożsamiać precedens z *common law* (jako prawem wytworzonym na skutek działalności orzeczniczej sądów westminsterskich), co nie jest uprawnione.

7 G. Slapper, D. Kelly, *The English...*, dz. cyt., s. 83.

8 Tamże, s. 97 i n.; J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, London 1990, s. 251; R. Zimmermann, *Statuta Sunt Stricte Interpretanda? – Statutes and the Common Law: A Continental Perspective*, „Cambridge Law Journal” 1997, vol. 56, s. 315–320.

prawa zdominowane są przez normy wypracowane w Sądzie Kanclerskim (na przykład prawo upadłościowe), a inne stanowią dorobek sądów westminsterskich (przykładowo prawo deliktów)¹¹.

3. Zasada *precedensu*

Mechanizm kształtowania się *precedensu* został opisany w sposób błędny. Przede wszystkim nie wskazano choćby w przybliżeniu, kiedy ów proces się sfinalizował¹². Autorzy przedstawiają następujący schemat: ustalenie dotyczące stanu faktycznego, potem zebranie dowodów w sprawie, następnie odnalezienie zasady prawnej, w końcu wydanie wyroku w oparciu o wcześniejsze orzeczenie zapadłe w podobnej sprawie (s. 18–19). Zauważmy, że zarówno w Polsce, jak i w Anglii zgromadzenie materiału dowodowego w sprawie poprzedza ustalenie stanu faktycznego, a nie – jak mogłoby wynikać ze schematu – odwrotnie. Samo zaś podążanie za wcześniejszymi orzeczeniami (niezależnie od tego, czy nazwiemy je *precedensami*) również nie stanowi cechy definicyjnej żadnego ze wskazanych porządków prawnych. Istota *precedensu* i prawa *precedensowego* nie tkwi w nawiązywaniu do wydanych już wyroków – czynią to przecież również prawnicy na kontynencie, próbując znaleźć potwierdzenie funkcjonowania w praktyce prawa stanowionego czy dawniej – zasad prawa zwyczajowego. Tym natomiast, co charakteryzuje system prawa *precedensowego*, jest sposób rozstrzygania sporu określanego w nauce angielskiej jako dylemat *principle versus precedent*. Problem dostrzegano już w czasach nowożytnych, stawiając pytanie, jak powinno się rozstrzygnąć spór, jeśli za jedną ze stron przemawia

odwieczna zasada prawa zwyczajowego (*principle*), zaś argumentacja drugiej strony znajduje poparcie w wydanych w przeszłości orzeczeniach sądowych (*precedent*). W średniowieczu sąd orzekłby w oparciu o zasadę prawa zwyczajowego, stwierdzając, że powołany wyrok był błędny. W czasach nowożytnych natomiast powiedziano by *communis error facit ius* i pomijając zasadę, podążono by za wyrokiem. Tak właśnie powstała zasada *precedensu*¹³.

W tekście omawianej publikacji zdarzają się nieścisłości i uproszczenia. Niekiedy brakuje dodatkowo wyjaśniającego komentarza, tak jak w przypadku twierdzenia, że sądy uznają za wiążące jedynie *ratio decidendi* *precedensu*, a za niewiążące – *obiter dicta* (s. 19). Zauważmy, że częstokroć to interpretator – przykładowo sędzia rozstrzygający kolejną sprawę – definiuje, co stanowi *ratio decidendi*, a co *obiter dictum*. Nie czynią tego zatem sędziowie wydający *precedensowy* wyrok. W pewnych okolicznościach *obiter dicta* mogą mieć niezwykle istotną wartość perswazyjną i w rezultacie po dłuższym czasie używać mimo wszystko moc wiążącą. Co więcej, w niektórych jurysdykcjach – jak w Australii – wskazuje się, że niektóre „ważniejsze” *dicta* mają w istocie moc wiążącą¹⁴. Rzecz jasna sporne może się okazać, które z nich są „ważniejsze”, a zatem wiążące, a które nie.

Na funkcjonowanie *precedensu* w praktyce istotny wpływ mogą mieć dostępne angielskim sędziom techniki: *overruling* i *distinguishing*¹⁵. Twierdzenie, że techniki te „zmieniają ustalony *precedens*” (s. 20), nie jest jednak trafne. *Distinguishing* polega na stwierdzeniu, że dany *precedens* nie znajduje zastosowania w rozstrzyganym sporze, ponieważ dotyczy innego stanu faktycznego¹⁶. Z kolei *overruling* to uchylenie

11 J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 123–133. Por. w języku polskim: W. Bartel, *Z dziejów angielskiej equity*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1964, t. XVI, z. 1; I. Kamiński, *Miejsce słusznosci w anglosaskiej tradycji prawnej*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 12; L. Konic, *Ogólne cechy 'Equity'*, „Państwo i Prawo” 1947, nr 4.

12 Nauka wskazuje na II połowę XVIII w. (W. Holdsworth, *A History of English Law*, t. I–XVII, London 1903–1972, t. XII, s. 146), początek XIX w. (J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 228) czy też – ogólniej – na wiek XIX (N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 18).

13 J.H. Baker, *The Law's Two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford 2001, s. 6–7.

14 W australijskim wyroku *Farah Constructions Pty Ltd v. Say-Dee, Pty Ltd* (2007), 230 CLR 8, wskazuje się na *seriously considered dicta*.

15 W tekście (s. 20) autorzy niefortunnie posługują się formami czasownikowymi (*overrule, distinguish*), podczas gdy właściwe byłoby użycie rzeczowników odczasownikowych (*overruling, distinguishing*).

16 Autorzy zresztą przedstawiają *distinguishing* dość niefortunnie: sędziowie „rezerwują sobie możliwość stosowania poszczególnych faktów z *precedensu* do tej sprawy, którą

(a nie zmiana) precedensu. W pewnych okolicznościach sąd uprawniony jest do odstąpienia od wcześniej przyjmowanej linii orzeczniczej. Autorzy wskazali, że owo uchylenie precedensu może być wynikiem działania sądu wyższego w odniesieniu do wyroku wydanego przez sąd niższego szczebla. Nie rozważali jednak pytania, czy sąd uprawniony jest do odstąpienia od własnego precedensu, a zatem czy *overruling* jest możliwy względem własnego wcześniejszego wyroku. W tej mierze w angielskiej nauce toczyła się burzliwa debata. Przez lata wiodącym rozstrzygnięciem było orzeczenie w sprawie *London Street Tramways v. L.C.C.* (1898), w którym przyjęto niedopuszczalność odstąpienia od precedensu w takim wypadku. Zmiana nastąpiła mocą deklaracji z 1966 r., w której Izba Lordów taką możliwość przyjęła¹⁷.

4. Zagadnienia ustrojowe

Warto zwrócić również uwagę na rozważania dotyczące ustroju Wielkiej Brytanii. Autorzy popadają w sprzeczność, wskazując z jednej strony, że „funkcję konstytucji przejęła natomiast w pełni niepisana praktyka” i od razu zaznaczając, że „praktyka konstytucyjna jest zarazem wspierana licznymi ustawami okołokonstytucyjnymi” (s. 17–18). Do tych ostatnich zaliczają ustawę *Constitutional Reform and Governance Act 2010* (c. 25) – „bowiem wprowadza ona naczelne zasady funkcjonowania państwa brytyjskiego” (s. 18). Trudno o większą niekonsekwencję. Praktyka jednak nie „w pełni” zdominowała prawo konstytucyjne, skoro naczelne zasady wprowadzane są ustawą, którą notabene z uwagi na jej treść należałoby określić „konstytucyjną”, a nie jedynie „okołokonstytucyjną”¹⁸. Auto-

rom trudno pogodzić się z faktem, że w Wielkiej Brytanii nie spisano konstytucji w znaczeniu materialnym w jednym dokumencie. Zamiast tego funkcjonuje szereg ustaw konstytucyjnych, do których należą przykładowo *Parliament Act 1911* (c. 13), *Parliament Act 1949* (c. 103), *European Communities Act 1972* (c. 68), *Scotland Act 1998* (c. 46), *Government of Wales 1998* (c. 38), *Northern Ireland Act 1998* (c. 47), *Human Rights Act 1998* (c. 42), *House of Lords Act 1999* (c. 34), *Constitutional Reform Act 2005* (c. 4), *Constitutional Reform and Governance Act 2010* (c. 25), *European Union Act 2011* (c. 12)¹⁹.

W kontekście członkostwa Wielkiej Brytanii w Unii Europejskiej autorzy wskazują, że prawo unijne usytuowane jest w hierarchii źródeł prawa wyżej niż krajowe (s. 24). Podczas gdy teza ta może wydać się nam – na kontynencie – oczywista, prawnik brytyjski zapewne uznałby ją za co najmniej kontrowersyjną. W Wielkiej Brytanii za jedną z zasad ustrojowych uznaje się zasadę supremacji parlamentu (*parliamentary sovereignty*). Znajduje ona swoje zastosowanie również na płaszczyźnie relacji brytyjsko-unijnych. Obowiązkiwanie prawa unijnego w Wielkiej Brytanii uzasadniane było bowiem normatywnie odwołaniem do *European Communities Act 1972* (c. 68), a zatem do ustawy, na mocy której nastąpiła akcesja do ówczesnej Wspólnoty. W myśl tej argumentacji prawo unijne obowiązuje, ponieważ tak właśnie zdecydował brytyjski parlament. Zaznacza się przy tym, że dysponuje on wciąż kompetencją do uchylenia tej ustawy, czego skutkiem byłaby utrata mocy obowiązującej prawa unijnego w Wielkiej Brytanii. Przedstawiona koncepcja została wyraźnie wyartykułowana w obecnie obowiązującym *European Union Act 2011* (c. 12, s. 18), który zastąpił wcześniejszą regulację z 1972 r.²⁰

5. Historia prawa

Autorzy słusznie wskazują na niezwykle istotne powiązanie współczesnego prawa angielskiego

rozpatrują, które były traktowane przez poprzednie sądy jako nieistotne” (s. 21).

17 *London Street Tramways v. London County Council* (1898), A.C. 375, 379; *Practice Statement* (1966), 3 All E.R. 77; J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 229; G. Slapper, D. Kelly, *The English...*, dz. cyt., s. 135 i n. W języku polskim por. M. Węglarz, *Specyfika prawa angielskiego – doktryna precedensu*, „Studenckie Zeszyty Prawnicze” Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego 2000, z. 4.
18 Pojęciem *constitutional statutes* posługują się G. Slapper, D. Kelly, *The English...*, dz. cyt., s. 184.

19 Autorzy nie sięgnęli do polskiej literatury przedmiotu. Por. np. P. Mikuli, *Zasada podziału władz a ustroj brytyjski*, Warszawa 2006; T. Wiecech, A. Zięba, *Parlament Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Warszawa 2014.

20 G. Slapper, D. Kelly, *The English...*, dz. cyt., s. 46, 182–186.

z jego historią (s. 15). Dalsza lektura prowadzi jednak do wniosku, że niestety nie traktują tej tezy poważnie. Omawiając początki ewolucji *common law*, a w szczególności rozwój w tym czasie orzecznictwa sądowego²¹ i rozpowszechnianie się pokoju królewskiego, piszą, że u zarania dziejów państwa brytyjskiego spory były rozstrzygane przez sądy lokalne działające na podstawie prawa zwyczajowego (s. 16). Zaczniemy od tego, że za początki ewolucji *common law* przyjmuje się w nauce wiek XII–XIII²². Wobec tego należałoby mówić o „angielskim”, a nie „brytyjskim” państwie. Powstanie tego drugiego to okres znacznie późniejszy – unia realna Anglii ze Szkocją, na mocy której powstało Królestwo Wielkiej Brytanii, miała miejsce w 1707 r.

Autorzy wskazują na upowszechnienie się w średniowieczu prawa stanowionego oraz rozwój kompetencji króla, wśród których istotnym atrybutem było stanowienie prawa; odtąd wyroki miały być wydawane na podstawie prawa stanowionego (s. 16). Historycy prawa angielskiego byłiby zaskoczeni tymi twierdzeniami, o ile pozostałyby one bez komentarza. W omawianej książce dodatkowych wyjaśnień brak. Otóż w czasach Edwarda I (1272–1307), zwanego „angielskim Justynianem”, uregulowano w szeregu statutów problematykę prawa nieruchomości. Wciąż jednak przez długie stulecia stosunki prawne między jednostkami regulowane były normami prawa zwyczajowego, stopniowo modyfikowanymi wskutek działalności sądów westminsterskich. Do kompetencji króla nie należało stanowienie prawa²³. Autorzy nie wspominają w ogóle, że kluczowym mechanizmem rozwoju prawa angielskiego był tzw. ryt (*writ*), który faktycznie zdominował *common law* w okresie średniowiecza i ukształtował obraz prawa współczesnego²⁴. W obszarze prawa

małżeńskiego ryty nie odegrały tak istotnej roli jak w prawie umów. Mimo to zasygnalizowanie problematyki historyczno-prawnej bez sięgnięcia do konstrukcji rytu nie wydaje się właściwe.

W tekście brakuje wyraźnego wskazania, że przez stulecia (od XII do połowy XIX wieku) prawo małżeńskie osobowe było regulowane przez prawo kanoniczne i należało do jurysdykcji sądów kościelnych²⁵. Do czasów reformacji rozwijało się podobnie jak na kontynencie. Prawo świeckie zaczęło odgrywać w tym obszarze istotną rolę dopiero w połowie XVIII wieku – wraz z wydaniem *Lord Hardwicke's Marriage Act 1753*²⁶. Lektura książki może prowadzić do błędnego wniosku, że omawiana problematyka pozostawała w obszarze stosowania prawa zwyczajowego. Autorzy wszak wskazują, że prawo zwyczajowe z czasem wykształciło procedurę zawierania małżeństw w obecności duchownego (s. 93).

Chociaż w jednym z przypisów wskazano na wprowadzenie w 1857 r. nowego systemu sądownictwa rodzinnego (s. 102), to pominięto jednak milczeniem istotę reformy – otóż wtedy państwo przejęło od sądów kościelnych jurysdykcję nad sprawami małżeńskimi. Również wtedy wprowadzono możliwość rozwiązania małżeństwa w drodze rozrodu orzeczanego przez sąd, a nie uchwalanego przez parlament w formie ustawy (*divorce by private act of parliament*)²⁷.

6. Prawo małżeńskie

Za zaskakujące należy uznać stwierdzenie autorów, że „na gruncie europejskim społeczność międzynarodowa wypracowała definicję małżeństwa,

21 Nie wyjaśnili, o jakie orzecznictwo chodzi: sądów feudalnych, lokalnych, manorialnych czy też westminsterskich.

22 J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 14 i n.; E. Jenks, *Edward I, the English Justinian (w:) Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I, Boston 1909, s. 139–167.

23 J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 223 i n.; E. Jenks, *Edward I...*, dz. cyt., s. 139 i n.

24 J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 14–134, 223–254; J.H. Langbein, R.L. Lerner, B.P. Smith, *History of the Common*

Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions, New York 2009, s. 85–140, 238–266; T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, London 1948, s. 335 i n.

25 J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 545; G. Slapper, D. Kelly, *The English...*, dz. cyt., s. 282.

26 Parlament wydawał statuty w tym zakresie już wcześniej. Statut z 1540 r. dotyczył niektórych przeszkód małżeńskich, ordonans z 1653 r. na krótko wprowadzono świecką formę zawarcia małżeństwa, statut z 1694 r. miał przeciwdziałać tzw. tajnym małżeństwom. Od XVII w. parlament uchwalał w drodze *private acts* rozwoły prominentnych osób. Zob. J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 549, 555, 561, 565.

27 Tamże, s. 565–568.

jako związku dwojga osób zawartego na podstawie prawa obowiązującego” (s. 33). Brakuje „szczegółu”, a mianowicie wskazania, że chodzi o dwie osoby różnej płci. Jeśli pominięcie było celowe, to wypadałoby opatrzyć je pewnym komentarzem wskazującym na kontrowersyjność tejże tezy. Tym bardziej że po cytowanym stwierdzeniu autorzy zamieścili przypis odsyłający do art. 12 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, który wyraźnie wspomina o kobiecie i mężczyźnie²⁸. Jak wskazują autorzy recenzowanej książki, na gruncie prawa angielskiego małżeństwo mogą zawrzeć również osoby tej samej płci (s. 36–43)²⁹. Mimo to trudno pozostawić bez komentarza powołany przez autorów pogląd na temat „europejskiej” definicji małżeństwa. Z pewnością nie jest to stanowisko powszechnie akceptowane.

Opisując rozwój ustawodawstwa w zakresie prawa małżeńskiego, autorzy wskazują *Lord Hardwicke's Marriage Act 1753* (s. 41) jako „pierwszy akt normatywny rozpoczynający rugowanie znaczenia chrześcijańskiej doktryny w zakresie małżeństwa”. Przedstawiają następnie *ratio legis* tego aktu – ograniczenie tzw. małżeństw tajnych, wprowadzenie prawnoformalnych wymogów zawarcia małżeństwa, takich jak obecność pastora, odbycie zaślubin w kościele lub w kaplicy. Nie wspominają o innych wprowadzonych wówczas wymogach – obecności dwóch świadków, ogłoszeniu zapowiedzi z odpowiednim wyprzedzeniem, obowiązku rejestracji małżeństwa w księgach parafialnych³⁰. Biorąc to pod uwagę, należy wskazać, że statut z 1753 r. stanowił anglikański odpowiednik dekretu *Tametsi* (1563) wydanego w wyniku prac soboru trydenckiego. Skąd zatem tak kategoryczna ocena aktu? Brakuje w tej mierze komentarza.

Autorzy wskazują, że już wtedy – w XVIII stuleciu – obok anglikańskiej formy zawarcia małżeństwa dopuszczano stosowanie ceremonii wyznaniowych przez kwakrów i Żydów. Mimo to poczynając od 1753 r. prawo małżeńskie miało zostać oparte „na woli parlamentu i relegowane przez państwo (...)”. Kolejne akty normatywne i orzeczenia sądowe utrzymywały świeckie rozumienie małżeństwa” (s. 41–42). Jak to wyjaśnić, skoro w następnym zdaniu autorzy wskazują na *Act for Marriages in England 1836*, który to statut przewidywał alternatywę – zawieranie związków małżeńskich w anglikańskiej formie wyznaniowej albo w formie świeckiej przed urzędnikiem państwowym. Zauważmy, że to właśnie dzięki tej regulacji katolicy i nonkonformiści mogli zawierać związki małżeńskie w sposób uznawany za ważny przez prawo³¹. Prawo małżeńskie osobowe w tej postaci należałoby określić jako przykład systemu mieszanego, a nie laickiego. Możliwe, że teza autorów jest trafna, ale nie zdołali tego wykazać.

Autorzy podjęli ciekawy temat prawnego znaczenia zaręczyn (s. 72 i n.). Uwagi dotyczące tego rozdziału pracy warto zacząć od pytania, czy w ogóle zaręczyny wywołują skutki w obszarze prawa małżeńskiego osobowego³². Wprawdzie autorzy omawiają zasady dotyczące rozliczeń majątkowych między narzeczonymi w razie zerwania zaręczyn (s. 73)³³, to jednak nie wiemy, czy byłyby one inne, gdyby stronami nie byli narzeczeni, ale – przykładowo – osoby fizyczne, które planowały wspólne przedsięwzięcie i w tym celu dokonały pewnych nakładów, a następnie okazało się, że do ich współpracy nie dojdzie. W rozdziale tym mowa jest także o istotnym znaczeniu zaręczyn w obszarze prawa

28 Notabene przepis ten można odnaleźć w aneksie umieszczonej na końcowych stronach książki (s. 149).

29 S. Harris-Short, J. Miles, R. George, *Family Law...*, dz. cyt., s. 30 i n. Od 2005 r. prawo angielskie dopuszcza zawieranie związków partnerskich (wywołujących podobne do małżeństwa skutki prawne), zaś od 2014 r. małżeństw przez pary tej samej płci – *Civil Partnership Act 2004* (c. 33), *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* (c. 30).

30 J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 549.

31 Tamże, s. 555, 566. W dalszej części książki, omawiając współcześnie obowiązujące formy zawarcia małżeństwa, autorzy nie wyjaśniają, jaki skutek prawny miałoby wstąpienie w związek małżeński przed duchownym katolickim. Można się jedynie domyślać, że byłby to przypadek „małżeństwa zawartego w miejscu posiadającym pozwolenie na zawieranie tego typu małżeństw” (s. 94).

32 Problematyki zaręczyn nie poruszają S. Harris-Short, J. Miles, R. George, *Family Law...*, dz. cyt.

33 W tym zatem zakresie autorzy wykraczają poza sferę prawa małżeńskiego osobowego.

imigracyjnego i obowiązku zawarcia związku małżeńskiego w terminie sześciu miesięcy (s. 72). Pytanie, czy nie chodzi w tym miejscu jednak o inny problem, a mianowicie nie o obowiązek zawarcia związku małżeńskiego w terminie sześciu miesięcy, ale o dopuszczalność przebywania w Wielkiej Brytanii imigranta zaręczonego z obywatelem brytyjskim tylko przez okres sześciu miesięcy, chyba że w tym czasie wstąpi w związek małżeński. W końcu autorzy omawiają specyfikę umów zawieranych przez narzeczonych. Wskazują przy tym, że w razie zerwania zaręczyn istnieje możliwość uchylenia się od skutków prawnych takich umów, a to z uwagi na przymus występujący w chwili ich zawierania. Wydaje się, że autorom chodziło nie o przymus (*duress*), ale o specyficzną konstrukcję prawną, którą można by w języku polskim określić terminem nadużycia zaufania (*undue influence*)³⁴. Warto by rozwinąć poruszony przez autorów problem, zadając pytanie, czy w takim kontekście na nadużycie zaufania można powoływać się jedynie w relacji między byłymi już narzeczonymi, czy również w stosunkach z osobami trzecimi – np. bankiem udzielającym kredytu jednemu z narzeczonych, za którego zobowiązania poręcza drugi z nich.

W jednym z kolejnych rozdziałów autorzy omawiają problematykę nieważności i unieważnialności małżeństwa. W gruncie rzeczy nie wyjaśniają jednak różnic pomiędzy obiema konstrukcjami („Różnica między nimi jest głównie gatunkowa” – s. 128). Chciałoby się tymczasem zapytać, czy występują różnice między nimi chociażby w zakresie stosunków prawnych z osobami trzecimi: czy każdy – również osoba trzecia – może wystąpić z powództwem w przypadku małżeństwa unieważnialnego?

Autorzy położyli akcent na przesłanki nieważności małżeństwa (s. 128 i n.), zaś o unieważnialności napisali bardzo niewiele – w zasadzie ograniczyli się do podania tylko jednego z możliwych przykładów unieważnialności (s. 128). Wskazane instytucje związane są z omawianą przez autorów wcześniej problematyką przeszkód małżeńskich (nie wiedzieć czemu autorzy unikają tego sformułowania

jak ognia). Powielają w tym miejscu kazuistyczne wyliczenia stosunków pokrewieństwa i powinowactwa, które wykluczają zawarcie między stronami małżeństwa (s. 84–85). Dla autorów z kontynentu właściwszym rozwiązaniem byłaby próba stworzenia abstrakcyjnego opisu stanu prawnego poprzez wskazanie stopni pokrewieństwa i powinowactwa, które stanowią przeszkodę małżeńską. Wydaje się, że warto by było porównać owe przeszkody z występującymi na gruncie prawa polskiego. Co ciekawe, lektura tego fragmentu tekstu pozwala wyciągnąć wnioski, że prawo angielskie nie formułuje ogólnego zakazu małżeństwa w linii prostej. Wyliczenie zawarte w *Marriage Act 1949* wyklucza m.in. zawarcie związku małżeńskiego między dziećmi i rodzicami, a także między wnukami i dziadkami. Akt nie rozciąga tej normy na relacje prawnuków z pradiadkami. Choć mogłoby to nas zaskoczyć, zapewne jest to uzasadnione brakiem praktycznej potrzeby istnienia takiej normy prawnej. Zapewne brytyjscy parlamentarzyści nie uznali za konieczne regulowanie tej kwestii.

Na koniec tego fragmentu rozważań można wskazać, że omówienie przez autorów konstrukcji *common-law marriage* powinno nastąpić we fragmencie książki o konkubinacie (s. 54), a nie w rozdziale o pojęciu małżeństwa (s. 43).

7. Prawo umów

Próbując zdefiniować przyjętą w prawie angielskim konstrukcję małżeństwa, autorzy odnoszą się również do koncepcji traktującej ten związek jako szczególnego rodzaju umowę³⁵. Następnie zmiernają do scharakteryzowania angielskiego prawa umów (s. 44–45).

W telegraficznym skrócie, w kilku zdaniach próbowali zaprezentować ewolucję tego działu prawa na przestrzeni od czasów normandzkich aż po wiek XX. Autorzy wiążą początki tego działu z tradycją kupiecką (nie udzielają jednak odpowiedzi na nasuwające się od razu pytanie – co to znaczy?).

34 Wskazuje na to powołane przez autorów orzeczenie w sprawie *Zamet v. Hyman* (1961), 1 WLR 1442, s. 76.

35 Faktycznie tak postrzegano małżeństwo w Anglii i innych krajach protestanckich – por. J.H. Baker, *An Introduction...*, dz. cyt., s. 559; A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2008, s. 310.

Dalej wskazując na występujący podział na umowy ustne i pisemne. Zapewne mają na myśli podział na umowy/akty z pieczęcią (*contract under seal, sealed document, specialty, deed*) oraz pozostałe (*simple contracts*). Te pierwsze można by określić jako średniowieczne odpowiedniki aktów notarialnych. Z kolei do drugiej grupy zaliczano zarówno umowy sporządzone na piśmie, jak i te ustne. Podział, o którym piszą autorzy, w ogóle nie istniał³⁶. Zauważmy, że również i w tym kontekście autorzy w ogóle nie wspominają o konstrukcji rytu (*writ*) jako środka procesowego uruchamiającego proces i określającego sferę uprawnień jednostki. Próba przedstawienia historii angielskiego prawa umów z pominięciem rytów skazana jest *a priori* na klęskę.

Zdaniem autorów prawo angielskie miało początkowo³⁷ cechować się znaczną swobodą kontraktową. Następnie – szczególnie w XIX wieku – doszło do „sformalizowania procedur kontraktowych”, przez co autorzy zdają się rozumieć ograniczenie swobody umów, czego przejawem miało być stosowanie umów adhezyjnych. Dalej swoboda umów została przywrócona na początku XX wieku wyrokiem *Printing and Numerical Register Co. v. Simpson*. Zauważmy, że powołane orzeczenie wydane zostało wcześniej, bo już w 1875 r. W nauce angielskiej wskazuje się na odmienne tendencje w ostatnich stuleciach – po okresie leseferyzmu w XIX wieku (czego przejawem w istocie było stosowanie umów adhezyjnych) nastąpiło ograniczenie swobody umów w interesie ochrony słabszych³⁸.

Wydaje się, że zamieszczenie fragmentu o umowach nie było konieczne z uwagi na temat książki, a dodatkowo opis ten jest wyjątkowo niefortunny – po pierwsze ahistoryczny, po drugie pozbawiony jakiegokolwiek bazy źródłowej.

36 W. Holdsworth, *A History...*, dz. cyt., t. VIII, s. 42 i n.

37 Początkowo, czyli kiedy? Czy chodzi o okres początków *common law* w XII–XIII w., okres początków prawa umów opartego o praktykę stosowania rytu promisyjnego (*writ/action of assumpsit*) w XVII w., czy może o okres początków kształtowania się nowoczesnego prawa umów w pierwszych dekadach XIX stulecia?

38 P. Atiyah, S. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford 2005, s. 9–20.

8. Uwagi stylistyczne i redakcyjne

Na koniec należy wskazać na zaskakujące braki korektorskie i redakcyjne. W angielskich wyrazach dość często występują literówki: *KB* – *Kings Bench Division* (s. 10) zamiast *KB* – *King's Bench*, bez *Division*; *Queen's Bench Division* i *Queens Bench Division* (s. 10, 18) zamiast *Queen's Bench Division*; *Wels, Schotland, North Irland* (s. 12) zamiast *Wales, Scotland, Northern Ireland*; *kings peace* (s. 16) zamiast *king's peace*; *custom law* i *constumary law* (s. 16, 25) zamiast *customary law*; *regin* (s. 16), możliwe, że zamiast *rex*; *romane law* (s. 16) zamiast *Roman law*; *United Kingdom Supreme Court* (s. 18) zamiast *Supreme Court of the United Kingdom*; *Learnig* (s. 23) zamiast *Learning*; *Christendom* (s. 35) zamiast *Christianity* lub *Christian*; *existance of marriage* (s. 50) zamiast *existence of marriage*; *essencialia negotii* (s. 53) zamiast *essencialia negotii*; *violance* (s. 67) zamiast *violence*; *Hight Court* (s. 110) zamiast *High Court*; *behawior* (s. 110) zamiast *behavior*; *Distric Court* (s. 115) zamiast *District Court*. Zdarzają się poważniejsze pomyłki, jak użycie wyrazu *President* zamiast *precedent* (s. 19) w zdaniu: „wyrok, który jest precedensowy nazywany jest *President*”, co zresztą zdaje się stanowić klasyczny przykład definicji *idem per idem*. Trudno wyjaśnić, dlaczego pojęcie *District Court* autorzy usiłują tłumaczyć jako „sędzia”, a nie jako „sąd” (s. 115).

W książce występują kalki językowe. Tak na przykład w zdaniu: „Małżeństwo ma doniosłe znaczenie i poważne konsekwencje w wielu obszarach prawa, takich jak prawo karne, dowody, delikty, relacja wierzyciel–dłużnik, własność i umowy” (s. 47–48). To wyliczenie, odpowiadające chaotycznej systematyce (o ile taka istnieje) prawa angielskiego, nie budziłoby zastrzeżeń w tekście oryginalnym, natomiast w języku polskim niewątpliwie razi. W końcu zaś *bestiality* tłumaczą jako „bestialskie zachowanie” (s. 104), podczas gdy chodzi o coś zupełnie innego: o zoofilię, na co wskazuje wykładnia tekstu *Matrimonial Causes Act 1965* (c. 72), s. 1 (1) b³⁹, który w książce zdaje się być powielony.

39 Te przepisy już nie obowiązują, ponieważ zostały uchylone przez *Matrimonial Causes Act 1973* (c. 18), s. 54(1), schedule 3.

Szwankuje terminologia prawnicza. W książce mowa jest o „dziale prawnym” (s. 27) – chodzi o dział prawa; „prawie osobistym” (s. 28) – w znaczeniu prawa osobowego; „kazuálności umowy” (s. 45) – możliwe, że chodziło o kazuálność, natomiast w tym znaczeniu zapewne należałoby opisać odnieść się do doktryny *consideration*; „części II kodeksu cywilnego” (s. 49) zamiast o księdze tego kodeksu; „legalnym małżeństwie” (s. 50) zamiast o ważnym małżeństwie; „osobach związanych legalnie” (s. 66) zamiast o małżonkach; „dokumenty” (s. 64, 82, 102) zamiast o statucie; „konkubencja” (s. 67) zamiast o konkubinacie; „zaskarżeniu małżeństwa” (s. 89) zamiast o jego unieważnieniu; „oskarżonym” (s. 89, 104) zamiast o pozwanym. Autorzy stosują pojęcia „prawo *common law*”, „system prawny *common law*” zamiast pisać po prostu *common law* (s. 28, 94). Nie wiadomo przy tym, o które ze znaczeń chodzi: na s. 28 i 30 zapewne o prawo wykształcone przez sądy, chociaż użycie wyrazu „system” na s. 30 wskazywałoby na znaczenie *common law* jako przeciwieństwa *civil law*. Autorzy nie używają terminu „przeszkoda małżeńska” (s. 82), zaś na określenie pary osób, które pozorowały ceremonię, posługują się frazą „małżeństwo, które nie jest małżeństwem” (s. 82).

Niektóre zdania w książce wyglądają jakby oparły się korekcie redakcyjnej, a przez to pozostają zupełnie niezrozumiałe: „Nie ma jednakże powiązania tak ścisłego, jak w prawie kontynentalnym, aplikacja

norm stanowiących z działalności sądowniczej” (s. 23); „Słuszny jest więc wniosek, że reguła to jest zasada mająca źródło w sprawie sądowej, a nie słowa ustawy są istotą normatywności” (s. 31); „Małżeństwo to system prawny” (s. 48); „Występuje duża różnica pomiędzy ojcami, którzy nie są w związku małżeńskim z matkami swoich dzieci, oraz tymi, którzy są w takim związku” (s. 64).

9. Konkluzja

Niestety ocena książki wypada niekorzystnie. Autorzy podjęli się bardzo ciekawego tematu, ale – tak się wydaje – uczynili to pobieżnie, bez dogłębnej znajomości specyfiki prawa angielskiego, co musiało znaleźć odzwierciedlenie przy omawianiu problematyki dogmatycznej. Jak wskazano w recenzji, brakuje sformułowania szeregu pytań, brakuje odpowiedzi na wiele z tych postawionych. W znacznym większym stopniu autorzy mogli skorzystać z polskiej literatury przedmiotu. Wydaje się, że łatwiej byłoby się im zmierzyć z omawianym tematem, gdyby w rozleglejszym zakresie podjęli analizę zagadnień historyczno-prawnych (źródła prawa, ustój konstytucyjny, ustój sądów), umożliwiających zrozumienie kontekstu funkcjonowania w praktyce współczesnego prawa angielskiego. Możliwe, że autorom brakło cierpliwości, na co wskazują zasygnalizowane usterki stylistyczne, korektorskie i redakcyjne.

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (wielka izba) z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie C-601/15 (J.N. przeciwko holenderskiemu sekretarzowi stanu ds. bezpieczeństwa i sprawiedliwości) – ochrona bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego

Stan faktyczny

Wyrok zapadł w sprawie o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE¹, orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy ważności art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową² (dalej: dyrektywa 2013/33). Wniosek ten został przedstawiony w związku ze sporem pomiędzy skarżącym J.N. a Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (sekretarzem stanu ds.

bezpieczeństwa i sprawiedliwości, dalej: sekretarz stanu) dotyczącym zatrzymania J.N.

Skarżący przybył do Holandii 23 września 1995 r. i w tym samym dniu wystąpił z pierwszym wnioskiem o udzielenie azylu. Wniosek ten został oddalony postanowieniem z dnia 18 stycznia 1996 r. Orzeczeniem z dnia 5 czerwca 1997 r. Rechtbank Den Haag (sąd pierwszej instancji w Hadze, dalej: sąd krajowy I instancji) uznał za bezzasadną skargę wniesioną przez skarżącego na to postanowienie. Orzeczenie stało się prawomocne. W okresie między 25 listopada 1999 r. a 17 czerwca 2015 r. J.N. został skazany za popełnienie 21 przestępstw, głównie kradzieży, na kary wahające się między grzywną a karą pozbawienia wolności. W dniu 19 grudnia 2012 r. skarżący złożył drugi wniosek o udzielenie azylu, jednak 24 grudnia 2012 r. go wycofał. W dniu 8 lipca 2013 r. złożył trzeci wniosek o udzielenie azylu. Decyzją z dnia 8 stycznia 2014 r. sekretarz stanu oddalił ten wniosek, nakazał J.N. natychmiastowe opuszczenie terytorium Unii Europejskiej i wydał wobec niego zakaz wjazdu na okres dziesięciu lat. Orzeczeniem z dnia 4 kwiet-

nia 2014 r. sąd krajowy I instancji uznał za bezzasadną skargę wniesioną przez skarżącego na tę decyzję. Orzeczenie to stało się prawomocne.

W dniu 28 stycznia 2015 r. skarżący został zatrzymany na terytorium Holandii w związku z popełnionymi kradzieżami oraz nieprzestrzeganiem zakazu wjazdu do UE. W konsekwencji został skazany w dniu 11 lutego 2015 r. na karę dwóch miesięcy pozbawienia wolności. Podczas odbywania kary złożył czwarty wniosek o udzielenie azylu, jednak względy zdrowotne uniemożliwiły rozpatrzenie nowego wniosku w czasie wykonywania kary. W dniu zakończenia wykonywania kary pozbawienia wolności J.N. został zatrzymany jako osoba ubiegająca się o azyl, w szczególności w celu przeprowadzenia oceny, czy może zostać wysłuchany w przedmiocie złożonego wniosku o udzielenie azylu.

W dniu 9 kwietnia 2015 r. zatrzymanie to zostało uchylone ze względu na ryzyko przekroczenia maksymalnego okresu jego stosowania określonego w obowiązujących w tym czasie przepisach prawa krajowego. W dniu 16 czerwca 2015 r. skarżący został ponownie zatrzymany za

1 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE, C 326/01, z 26.10.2012, s. 47 i n.

2 Dz.Urz. UE., L 180, z 26.6.2013, s. 96.

popęlnienie kradzieży oraz za nieprzestrzeganie nałożonego na niego zakazu wjazdu. Za te dwa przestępstwa został skazany w dniu 1 lipca 2015 r. na karę trzech miesięcy pozbawienia wolności. Zakończył jej odbywanie 14 września 2015 r. Ponieważ w tym dniu względy zdrowotne w dalszym ciągu uniemożliwiały wysłuchanie skarżącego w przedmiocie jego czwartego wniosku o udzielenie azylu, decyzją z dnia 14 września 2015 r. został on ponownie zatrzymany jako osoba ubiegająca się o udzielenie azylu na podstawie ustawy stanowiącej transpozycję art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33. Władze niderlandzkie uważają bowiem, że nawet jeśli ze względu na ten czwarty wniosek o udzielenie azylu zainteresowany miał prawo legalnego pobytu w Holandii na podstawie ustawy krajowej, to jego zatrzymanie było uzasadnione celami ochrony bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego, skoro został on skazany za popełnienie przestępstw oraz był podejrzanym o popełnienie innych przestępstw.

Skarżący wniósł skargę na decyzję o zatrzymaniu oraz zażądał zaszczepienia odszkodowania. Skarga ta została oddalona wyrokiem wydanym przez sąd krajowy I instancji w dniu 28 września 2015 r. W dniu 28 września 2015 r. biegły w zakresie medycyny sądowej stwierdził, że J.N. w dalszym ciągu nie może zostać wysłuchany w przedmiocie wniosku o udzielenie azylu. W dniu 23 października 2015 r.

zatrzymanie J.N. w postępowaniu głównym zostało zawieszone, aby umożliwić mu odbywanie innej kary pozbawienia wolności, na którą został skazany. W apelacji wniesionej do sądu odsyłającego od wyroku z dnia 28 września 2015 r. skarżący utrzymuje, że jego zatrzymanie jest sprzeczne z art. 5 ust. 1 lit. f) część druga zdania EKPC³, który przewiduje, iż zatrzymanie cudzoziemca można uzasadnić jedynie toczącym się wobec niego postępowaniem o wydalenie lub ekstradycję. Zatrzymanie cudzoziemca, w przypadku gdy przebywa on w Holandii legalnie w oczekiwaniu na decyzję w przedmiocie jego wniosku o udzielenie azylu, jest w rezultacie sprzeczne z tym uregulowaniem. Biorąc powyższe pod uwagę, sąd odsyłający zawiesił postępowanie i zwrócił się do TSUE o zbadanie ważności art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33 w świetle art. 6 karty praw podstawowych Unii Europejskiej⁴ (dalej: karta).

Stanowisko TSUE

Trybunał zauważył, że skarżący został zatrzymany w związku z przestępstwami, które popełnił na terytorium Holandii, oraz iż decyzja nakazująca opuszczenie tego terytorium wraz z towarzy-

szącym jej zakazem wjazdu stały się prawomocne.

Trybunał podkreślił, że jakkolwiek zgodnie z art. 6 ust. 3 TUE⁵ prawa podstawowe chronione na mocy EKPC są częścią prawa Unii jako jego zasady ogólne i jakkolwiek art. 52 ust. 3 karty nakazuje prawom chronionym na mocy tej karty odpowiadającym prawom chronionym na mocy EKPC przypisywać takie samo znaczenie i takie same skutki jak te, jakie mają prawa ujęte we wspomnianej konwencji, to jednak konwencja ta do czasu przystąpienia do niej Unii nie stanowi aktu prawnego formalnie obowiązującego w porządku prawnym Unii⁶.

W konsekwencji badanie ważności art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33 powinno zostać przeprowadzone wyłącznie w świetle praw podstawowych gwarantowanych przez kartę⁷.

Z wyjaśnień do art. 6 karty wynika, że prawa przewidziane w art. 6 karty odpowiadają prawom gwarantowanym przez art. 5 EKPC oraz że ograniczenia, jakie mogą zostać wprowadzone w sposób uzasadniony w odniesieniu do korzystania z praw ustanowionych w art. 6 karty, nie mogą być bardziej restrykcyjne niż ograniczenia, które dopuszcza art. 5 EKPC. Jednak wyjaśnienia

3 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności podpisana w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, z późn. zm.).

4 Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE, C 326/02, z 26.10.2012. s. 391 i n.).

5 Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) Dz.Urz. UE, C 326/01, z 26.10.2012, s. 13 i n.

6 Zob. wyroki TSUE w sprawach C 617/10 i C 398/13.

7 Podobnie wyroki TSUE w sprawach C 199/11 i C 398/13.

związane z art. 52 karty wskazują, że celem ust. 3 tego artykułu jest zapewnienie niezbędnej spójności między kartą a EKPC, co jednak nie może mieć „negatywnego wpływu na autonomię prawa Unii i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”.

Ponadto TSUE przypominał, że zgodnie z ogólną zasadą wykładni akt prawny Unii powinien być interpretowany tak dalece, jak to możliwe, w sposób, który nie podważa jego ważności i w zgodzie z całością prawa pierwotnego, w tym w szczególności z postanowieniami karty⁸.

Zezwalając na zatrzymanie osoby ubiegającej się o azyl, w przypadku gdy wymaga tego bezpieczeństwo narodowe lub porządek publiczny, art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33 przewiduje ograniczenie korzystania z prawa do wolności określonego w art. 6 karty.

Zgodnie z art. 52 ust. 1 karty wszystkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w karcie muszą być przewidziane ustawą i muszą szanować istotę tych praw i wolności. Z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności – ograniczenia w korzystaniu z nich mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez UE lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób.

Trybunał wskazał, że ponieważ rozpatrywane ograniczenie

wynika z dyrektywy, która stanowi akt ustawodawczy Unii, takie ograniczenie zostało przewidziane ustawą.

Ponadto zdaniem TSUE art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33 nie narusza istoty prawa do wolności ustanowionego w art. 6 karty. Nie stanowi on bowiem przeszkody dla ochrony tego prawa oraz, jak wynika z brzmienia tego przepisu i motywu 15 tej dyrektywy, przyznaje państwom członkowskim możliwość zatrzymania osoby ubiegającej się o azyl wyłącznie ze względu na jej indywidualne zachowanie i w wyjątkowych okolicznościach, o których mowa w tym przepisie, podlegających ponadto szeregowi warunków określonych w art. 8 i 9 dyrektywy 2013/33.

Ponieważ ochrona bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego stanowi cel, o którym mowa w art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33, TSUE stwierdził, że środek w postaci zatrzymania, którego podstawą jest ten przepis, rzeczywiście realizuje uznawany przez Unię cel interesu ogólnego. Ponadto ochrona bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego przyczynia się również do ochrony praw i wolności innych osób. W tym względzie art. 6 karty gwarantuje każdemu prawo nie tylko do wolności, ale też do bezpieczeństwa osobistego⁹.

W odniesieniu do oceny proporcjonalności stwierdzonej inge-

rencji TSUE przypominał, że zasada proporcjonalności wymaga, by akty instytucji Unii nie wykraczały poza to, co jest odpowiednie i konieczne do realizacji uzasadnionych celów, którym mają służyć dane przepisy, przy czym wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów.

Zdaniem Trybunału zatrzymanie osoby ubiegającej się o azyl, w przypadku gdy wymaga tego bezpieczeństwo narodowe lub porządek publiczny, jest z samej swojej natury środkiem zapewniającym ochronę ogółowi społeczeństwa przed niebezpieczeństwem, jakie może stanowić zachowanie takiej osoby, a tym samym może służyć osiągnięciu celu realizowanego przez art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33.

Odnosząc się do wątpliwości, czy przyznanie państwom członkowskim uprawnienia do zatrzymania osoby ubiegającej się o azyl ze względów związanych z ochroną bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego jest konieczne, TSUE podkreślił, że w świetle znaczenia prawa do wolności zawartego w art. 6 karty oraz wagi ingerencji, jaką stanowi takie zatrzymanie wobec tego prawa, ograniczenia korzystania z tego prawa do wolności nie mogą wykraczać poza to, co jest absolutnie konieczne.

W tym względzie zarówno z brzmienia i kontekstu, jak i z genezy art. 8 dyrektywy 2013/33 wynika, że przewidziana w ust. 3 akapit pierwszy lit. e) tego artykułu możliwość za-

8 Zob. wyroki TSUE w sprawach C 12/11 i C 579/12.

9 Podobnie wyroki TSUE w sprawach C 293/12 i C 594/12.

trzymania osoby ubiegającej się o azyl ze względów dotyczących ochrony bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego jest uzależniona od spełnienia szeregu warunków mających na celu ustanowienie ścisłych ram prawnych korzystania z takiego środka.

Z samego brzmienia art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33 wynika, że osobę ubiegającą się o azyl można zatrzymać wyłącznie wtedy, jeżeli „wymaga” tego bezpieczeństwo narodowe lub porządek publiczny.

W przepisie tym wymieniono w sposób wyczerpujący różne względy, wśród których znajduje się powód dotyczący ochrony bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego, mogące uzasadniać zatrzymanie – każdy z tych względów odpowiada konkretnej potrzebie oraz posiada autonomiczny charakter.

Artykuł 8 ust. 3 akapit drugi dyrektywy 2013/33 stanowi ponadto, że powody zatrzymania są określane w prawie krajowym. W tym względzie TSUE przypominał, że w przypadku gdy przepisy dyrektywy pozostawiają państwu członkowskiemu zakres swobodnego uznania, przy określeniu środków mających na celu ich transpozycję, tak by można je było dostosować do różnych możliwych sytuacji, przy przyjmowaniu tych środków państwa członkowskie są zobowiązane nie tylko dokonywać wykładni prawa krajowego w sposób zgodny z konkretnymi dyrektywami, lecz także nie opierać się na takiej wykładni tych dyrektyw,

która pozostawałaby w konflikcie z prawami podstawowymi lub z innymi ogólnymi zasadami prawa Unii.

Trybunał podkreślił, że pozostałe ustępy art. 8 dyrektywy 2013/33 wprowadzają znaczne ograniczenia przyznanego państwu członkowskiemu uprawnienia do stosowania środka w postaci zatrzymania. Z art. 8 ust. 1 dyrektywy wynika bowiem, że państwa członkowskie nie mogą zatrzymać żadnej osoby tylko ze względu na fakt, że wnioskuje ona o udzielenie ochrony międzynarodowej. Ponadto art. 8 ust. 2 tej dyrektywy wymaga, by zatrzymanie można było zarządzić wyłącznie wtedy, gdy jest to konieczne, oraz po indywidualnym zbadaniu każdej sprawy, jeżeli nie można skutecznie zastosować łagodniejszych środków przymusu. Artykuł 8 ust. 4 dyrektywy 2013/33 stanowi, że państwa członkowskie zapewnią określenie w prawie krajowym alternatyw dla zatrzymania, takich jak regularne zgłaszanie się do wskazanych organów, złożenie poręczenia majątkowego lub nakaz przebywania w określonym miejscu pobytu.

Podobnie, jak podkreślił TSUE, art. 9 ust. 1 dyrektywy 2013/33 stanowi, że zatrzymanie stosuje się wobec osób ubiegających się o azyl na możliwie najkrótszy okres i jedynie tak długo, jak zastosowanie mają warunki określone w art. 8 ust. 3 tej dyrektywy. Ponadto przy wydawaniu nakazu zatrzymania należy przestrzegać istotnych gwarancji procesowych i sądowych. I tak,

zgodnie z art. 9 ust. 2 i 4 wspomnianej dyrektywy nakaz zatrzymania powinien wskazywać na piśmie przesłanki prawne i faktyczne dla jego wydania, a osobie ubiegającej się o azyl należy przekazać określone informacje – w języku dla niej zrozumiałym lub co do którego można zasadnie przypuszczać, że jest dla niej zrozumiały. Natomiast art. 9 ust. 3 i 5 tej dyrektywy określa zasady przeprowadzania sądowej kontroli legalności zatrzymania, którą powinny ustanowić państwa członkowskie.

Trybunał zwrócił jednocześnie uwagę, że z uzasadnienia wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl w państwach członkowskich¹⁰, na którym została oparta dyrektywa 2013/33, wynika, że uzasadnienie zatrzymania związane z ochroną porządku publicznego, podobnie jak trzy inne względy zawarte w tym wniosku, które następnie zostaną ujęte w art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. a–c tej dyrektywy, opiera się na zaleceniu Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 16 kwietnia 2003 r. w sprawie środków polegających na zatrzymaniu osób ubiegających się o azyl oraz na wytycznych Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (UNHCR) z dnia 26 lutego 1999 r. w sprawie właściwych kryteriów i standardów

10 COM (2008) 815 wersja ostateczna, pkt 3.4.

dotyczących zatrzymywania osób ubiegających się o azyl. Z pkt 4.1 i 4.2 tych wytycznych, w brzmieniu przyjętym w 2012 r., wynika w szczególności, że po pierwsze, zatrzymanie stanowi środek wyjątkowy, który może być uzasadniony wyłącznie w celu zgodnym z prawem, i że trzy względy, które są co do zasady zgodne z prawem międzynarodowym, to jest porządek publiczny, zdrowie publiczne i bezpieczeństwo narodowe, mogą spowodować konieczność zastosowania zatrzymania w konkretnym przypadku. Po drugie, zatrzymanie można zastosować tylko w ostateczności w przypadku stwierdzenia, że jest ono konieczne, rozsądne i proporcjonalne do uzasadnionego celu.

Trybunał przywołał swoje orzeczenia, w których uznał, że pojęcie „porządku publicznego” oznacza w każdym wypadku istnienie, oprócz zakłócenia porządku społecznego, z jakim wiąże się każde naruszenie prawa, rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia godzącego w jeden z podstawowych interesów społeczeństwa¹¹.

Odnośnie do pojęcia „bezpieczeństwa publicznego”, z orzecznictwa Trybunału wynika, że odnosi się ono zarówno do wewnętrznego bezpieczeństwa państwa członkowskiego, jak i do jego bezpieczeństwa zewnętrznego, i że w związku z tym zagrożenie dla funkcjonowania głównych instytucji i służb publicznych oraz życia ludności, podobnie

jak ryzyko poważnego zakłócenia stosunków zagranicznych lub pokojowego współistnienia narodów bądź zagrożenie interesów wojskowych, może naruszać bezpieczeństwo publiczne¹².

W świetle wymogu „konieczności” zagrożenie bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego może zatem zdaniem TSUE uzasadniać zastosowanie zatrzymania lub utrzymywanie zatrzymania osoby ubiegającej się o azyl – w oparciu o art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33 – wyłącznie pod warunkiem, że jej indywidualne zachowanie stanowi rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie godzące w jeden z podstawowych interesów społeczeństwa czy też w bezpieczeństwo wewnętrzne lub zewnętrzne danego państwa członkowskiego¹³.

Artykuł 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) wspomnianej dyrektywy nie jest również – w ocenie TSUE – nieproporcjonalny w stosunku do zamierzonego celu. W tym względzie Trybunał podkreślił, że przepis ten dokonuje odpowiedniego wyważenia celów realizowanych w interesie ogólnym, czyli z jednej strony: ochrony bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego, a z drugiej – ingerencji w prawo do wolności, spowodowanej zatrzymaniem.

Przepis ten bowiem nie może uzasadniać stosowania środków

w postaci zatrzymania, jeśli właściwe organy krajowe nie sprawdzą w każdym przypadku, czy zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego ze strony zainteresowanego odpowiada przynajmniej wadze ingerencji w jego prawo do wolności, jaką stanowi taki środek.

W konkluzji TSUE stwierdził, że prawodawca unijny, przyjmując art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33, zachował właściwą równowagę pomiędzy prawem do wolności osoby ubiegającej się o azyl a wymogami dotyczącymi ochrony bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego. Badanie art. 8 ust. 3 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2013/33 nie wykazało zatem istnienia żadnej okoliczności mogącej mieć wpływ na ważność tego przepisu w świetle art. 6 i art. 52 ust. 1 i 3 karty.

Wyrok TSUE (wielka izba) z dnia 1 marca 2016 r. w sprawach połączonych C-443/14 i C-444/14 (Kreis Warendorf przeciwko Ibrahimowi Ałowi oraz Amira Osso przeciwko Region Hannover) – odmienne traktowanie a względy polityki migracyjnej i integracyjnej

Stan faktyczny

Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 29 i 33 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

11 Por. wyroki TSUE w sprawach C 554/13 i C 373/13.

12 Podobnie w wyroku TSUE w sprawie C 145/09.

13 Por. wyrok TSUE w sprawie C 373/13.

2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony¹⁴. Wnioski te zostały przedstawione w ramach dwóch sporów w przedmiocie wymogu dotyczącego miejsca zamieszkania nałożonego w zezwoleniach na pobyt wydanych I. Alowi i A. Osso (dalej: skarżący).

Skarżący są obywatelami syryjskimi. Przybyli do Niemiec w 1998 i 2001 r. oraz złożyli nieskuteczne wnioski o udzielenie azylu. Mieszkali w tym państwie członkowskim na podstawie zezwoleń tymczasowych. Od chwili wszczęcia postępowań w sprawie wniosków o udzielenie azylu korzystali ze świadczeń ochrony socjalnej. W następstwie złożenia kolejnych wniosków o udzielenie azylu Federalny Urząd ds. Imigracji i Uchodźców przyznał im status ochrony uzupełniającej. Zezwoleniom na pobyt udzielonym skarżącym towarzyszył wymóg obrania miejsca zamieszkania na określonym obszarze. Skarżący sprzeciwili się nałożonemu na nich wymogowi w zakresie miejsca zamieszkania. Wniesione przez nich skargi zostały oddalone w pierwszej instancji.

Środek odwoławczy wniesiony przez Ibrahima Ala został uwzględniony. Sąd stwierdził

nieważność wymogu w zakresie miejsca zamieszkania i co do istoty uznał, że jest on niezgodny z przepisami art. 28 ust. 1 w związku z art. 32 dyrektywy Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony¹⁵, które to przepisy odpowiadają art. 29 ust. 1 i art. 33 dyrektywy 2011/95.

Natomiast środek odwoławczy wniesiony przez Amira Osso został oddalony. Sąd uznał decyzję za zgodną z prawem ze względu na pobieranie przez skarżącego pewnych świadczeń społecznych. Ponadto stwierdził on, że decyzja ta nie jest sprzeczna z prawem międzynarodowym i prawem Unii.

Od obu orzeczeń wniesiono skargi rewizyjne a federalny sąd administracyjny postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi.

Stanowisko TSUE

Po pierwsze, sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy art. 33 dyrektywy 2011/95 należy interpretować w ten sposób, że nałożony na beneficjenta statusu ochrony uzupełniającej wymóg w zakresie miejsca zamieszkania stanowi ograniczenie swobody przemieszczania się zagwarantowanej

w tym artykule, nawet jeśli środki nie zabrania temu beneficjentowi swobodnie poruszać się po terytorium państwa członkowskiego, które udzieliło tej ochrony, i przejściowo przebywać w obrębie tego terytorium poza miejscem wynikającym z wymogu w zakresie miejsca zamieszkania.

Zgodnie z art. 33 dyrektywy 2011/95 państwa członkowskie zezwalają beneficjentom ochrony międzynarodowej na swobodne przemieszczanie się w obrębie swojego terytorium na takich samych warunkach i z tymi samymi ograniczeniami, jakie są przewidziane dla innych obywateli państw trzecich legalnie przebywających na ich terytorium. Brzmienie tego artykułu nie pozwala samo określić, czy oznacza on jedynie, że beneficjenci ochrony międzynarodowej powinni mieć możliwość swobodnego poruszania się po terytorium państwa członkowskiego, które udzieliło tej ochrony, czy też oznacza on także, że beneficjenci ci powinni mieć możliwość wybrania miejsca zamieszkania na tym terytorium.

Trybunał przypomniał, że z motywów 4, 23 i 24 dyrektywy 2011/95 wynika, iż konwencja genewska¹⁶ zawiera fundamenty międzynarodowego reżimu prawnego ochrony uchodźców

¹⁴ Dz.Urz. UE, L 337, z 20.12.2011, s. 9.

¹⁵ Dz.Urz. UE., L 304, z 30.09.2004, s. 12.

¹⁶ Konwencja dotycząca statusu uchodźców, podpisana w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r., uzupełniona protokołem nowojorskim z dnia 31 stycznia 1967 r. (Dz.U. z 1991 r., nr 119, poz. 515).

oraz że przepisy dyrektywy odnoszące się do warunków nadania statusu uchodźcy oraz zakresu przyznawanej ochrony zostały ustanowione jako wytyczne dla właściwych organów państw członkowskich przy stosowaniu tej konwencji w oparciu o wspólne pojęcia i kryteria.

Wykładni przepisów tej dyrektywy należy zatem dokonywać w świetle ogólnej systematyki i celu tego aktu, z poszanowaniem konwencji genewskiej i innych odpowiednich traktatów, o których mowa w art. 78 ust. 1 TFUE. Wykładnia ta powinna również, jak wynika z motywu 16 dyrektywy 2011/95, uwzględniać prawa uznane w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej.

Motywy 8, 9 i 39 dyrektywy 2011/95 wskazują, że prawodawca UE zmierzał do ustanowienia jednolitego statusu dla wszystkich beneficjentów ochrony międzynarodowej i że w rezultacie postanowił przyznać beneficjentom statusu ochrony uzupełniającej takie same prawa i świadczenia, z jakich korzystają uchodźcy, z zastrzeżeniem koniecznych i obiektywnie uzasadnionych odstępstw.

Artykuł 26 konwencji genewskiej, który gwarantuje uchodźcom korzystanie z wolności poruszania się, przewiduje wyraźnie, że wolność ta obejmuje nie tylko prawo do swobodnego poruszania się na terytorium państwa, które nadało status uchodźcy, lecz także prawo wyboru miejsca stałego zamieszkania na tym terytorium. Nic nie wskazuje, że

prawodawca unijny postanowił uwzględnić w ramach dyrektywy 2011/95 tylko pierwsze z tych praw, ale już nie drugie.

W tych okolicznościach wykładanie art. 33 dyrektywy 2011/95 w ten sposób, że nie przyznaje on beneficjentom statusu ochrony uzupełniającej prawa wyboru miejsca zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, które udzieliło tej ochrony, oznaczałoby, iż prawo to jest gwarantowane tylko uchodźcom i prowadziłoby, mimo braku wyraźnego wskazania we wspomnianej dyrektywie w tym względzie, do różnicy – wbrew wspomnianemu w pkt 32 i 33 niniejszego wyroku celowi – między zakresem ochrony zapewnianej w tym przedmiocie z jednej strony uchodźcom, a z drugiej strony – beneficjentom statusu ochrony uzupełniającej.

Tym samym, jak stwierdził TSUE, art. 33 dyrektywy 2011/95 należy interpretować w ten sposób, że nakłada on na państwa członkowskie obowiązek zezwolenia beneficjentom ochrony międzynarodowej zarówno na swobodne poruszanie się po terytorium państwa członkowskiego, które udzieliło tej ochrony, jak i na wybór miejsca zamieszkania na tym terytorium.

Po drugie, sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy art. 29 i 33 dyrektywy 2011/95 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie nałożeniu na beneficjenta statusu ochrony uzupełniającej pobierającego pewne szczególne świadczenia społeczne wymogu w zakresie miejsca zamieszkania w celu osiągnięcia

odpowiedniego podziału obciążeń wynikających z wypłacania tych świadczeń – pomiędzy poszczególne instytucje właściwe w tej dziedzinie.

Trybunał podkreślił, że art. 33 dyrektywy 2011/95 dopuszcza pewne ograniczenia swobody przemieszczania się oraz uściśla, że prawo beneficjentów ochrony międzynarodowej do swobodnego przemieszczania się powinno być wykonywane na takich samych warunkach i z tymi samymi ograniczeniami, jakie są przewidziane wobec innych obywateli państw trzecich legalnie przebywających na terytorium państwa członkowskiego, które udzieliło tej ochrony. Natomiast art. 26 konwencji genewskiej przewiduje, że wolność przemieszczania się zostaje przyznana uchodźcom z zachowaniem przepisów stosowanych wobec cudzoziemców w ogóle – w tych samych okolicznościach.

Wynika z tego, że na mocy art. 33 dyrektywy 2011/95 beneficjenci statusu ochrony uzupełniającej nie mogą co do zasady podlegać w odniesieniu do wyboru miejsca zamieszkania regulacji bardziej ograniczonej niż mająca zastosowanie do innych obywateli państwa trzeciego legalnie przebywających w państwie członkowskim, które udzieliło tej ochrony.

Przepisy krajowe w rozpatrywanych sprawach poddają zatem w tym względzie beneficjentów statusu ochrony uzupełniającej regulacji bardziej ograniczonej niż regulacja stosująca się w sposób ogólny do uchodźców i oby-

wateli państwa trzeciego legalnie przebywających na terytorium niemieckim ze względów innych niż humanitarne, polityczne lub uzasadnione prawem międzynarodowym.

Trybunał zauważył, że art. 29 dyrektywy 2011/95 ustanawia ogólną zasadę, zgodnie z którą beneficjenci ochrony międzynarodowej otrzymują w państwie członkowskim, które udzieliło tej ochrony, pomoc społeczną równoważną pomocy zapewnianej obywatelom tego państwa członkowskiego. Zasada ta oznacza w szczególności, że dostęp beneficjentów do pomocy społecznej nie może być uzależniony od spełnienia kryteriów nienakładanych na obywateli państwa członkowskiego, które udzieliło wspomnianej ochrony.

W rozpatrywanych sprawach w przeciwieństwie do obywateli niemieckich, do których takiego wymogu w zakresie miejsca zamieszkania się nie stosuje, beneficjent statusu ochrony uzupełniającej będzie mógł z tego względu uzyskać pomoc społeczną wyłącznie, jeśli będzie skłonny zaakceptować nałożenie wymogu w zakresie miejsca zamieszkania.

Trybunał wszakże zauważył, że przyznanie świadczeń społecznych danej osobie pociąga za sobą dla instytucji zobowiązanej do udzielania tych świadczeń obciążenie bez względu na to, czy osoba ta jest beneficjentem statusu ochrony uzupełniającej, uchodzącą, obywatelem państwa trzeciego legalnie przebywającym na terytorium niemieckim ze względów innych niż humani-

tarne, polityczne lub uzasadnione prawem międzynarodowym, czy obywatelem niemieckim. Poruszanie się przez osoby korzystające ze wspomnianych świadczeń lub ich nierównomierne skupienie w obrębie terytorium danego państwa członkowskiego może zatem pociągać za sobą nieodpowiedni podział tego obciążenia pomiędzy poszczególne instytucje właściwe w tej dziedzinie, przy czym nie jest szczególnie istotne w tym względzie, że osobom tym może ewentualnie przysługiwać przymiot beneficjenta statusu ochrony uzupełniającej.

W konsekwencji TSUE uznał, iż art. 29 i 33 dyrektywy 2011/95 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie nałożeniu na beneficjenta statusu ochrony uzupełniającej pobierającego pewne szczególne świadczenia społeczne wymogu w zakresie miejsca zamieszkania, w celu osiągnięcia odpowiedniego podziału obciążeń wynikających z wypłacania tych świadczeń pomiędzy poszczególne instytucje właściwe w tej dziedzinie, gdy mające zastosowanie uregulowanie krajowe nie przewiduje nałożenia takiego środka na pobierających wspomniane świadczenia uchodźców, obywateli państwa trzeciego legalnie przebywających na terytorium zainteresowanego państwa członkowskiego ze względów innych niż humanitarne, polityczne lub uzasadnione prawem międzynarodowym i obywateli tego państwa członkowskiego.

Po trzecie, sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy art. 29 lub 33

dyrektywy 2011/95 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie nałożeniu na beneficjenta statusu ochrony uzupełniającej pobierającego pewne szczególne świadczenia społeczne wymogu w zakresie miejsca zamieszkania w celu ułatwienia integracji obywateli państw trzecich w państwie członkowskim, które udzieliło wspomnianej ochrony.

Przewidziany przez prawo niemieckie wymóg w zakresie miejsca zamieszkania zmierza, po pierwsze, do zapobieżenia skupianiu się otrzymujących pomoc społeczną obywateli państw trzecich na pewnych obszarach i powstawaniu społecznych punktów zapalnych z negatywnym skutkiem dla ich integracji, a po drugie, do związania obywateli państw trzecich szczególną potrzebą integracji z określonym miejscem zamieszkania, tak aby mogli oni tam skorzystać z oferty integracyjnej.

Biorąc pod uwagę wcześniejsze rozważania, TSUE uznał, że do sądu odsyłającego należy sprawdzenie, czy okoliczność, że obywatel państwa trzeciego otrzymujący pomoc społeczną jest beneficjentem ochrony międzynarodowej (uzupełniającej) oznacza, że będzie on bardziej narażony na trudności związane z integracją niż inny obywatel państwa trzeciego legalnie przebywający w Niemczech i otrzymujący pomoc społeczną.

Zdaniem TSUE art. 33 dyrektywy 2011/95 nie stoi na przeszkodzie nałożeniu na beneficjenta statusu ochrony uzupełniającej

pobierającego pewne szczególne świadczenia społeczne wymogu w zakresie miejsca zamieszkania w celu ułatwienia integracji obywateli państw trzecich w państwie członkowskim, które udzieliło wspomnianej ochrony, gdy mające zastosowanie uregulowanie krajowe nie przewiduje nałożenia takiego środka na pobierających wspomniane świadczenia obywateli państwa trzeciego legalnie przebywających na terytorium zainteresowanego państwa członkowskiego ze względów innych niż humanitarne, polityczne lub uzasadnione prawem międzynarodowym, jeśli beneficjenci statusu ochrony uzupełniającej nie znajdują się w sytuacji obiektywnie porównywalnej w świetle tego celu – do sytuacji obywateli państwa trzeciego legalnie przebywających na terytorium zainteresowanego państwa członkowskiego ze względów innych niż humanitarne, polityczne i uzasadnione prawem międzynarodowym, czego sprawdzenie należy do sądu odsyłającego.

Wyrok TSUE (pierwsza izba) z dnia 17 marca 2016 r. w sprawie C-161/15 (Abdelhafid Bensada Benallal przeciwko Belgii) – decyzja o cofnięciu zezwolenia na pobyt a autonomia proceduralna państw członkowskich

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie

prejudycjalnym i dotyczy wykładni ogólnej zasady poszanowania prawa do obrony przyjętej w prawie Unii Europejskiej. Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy A. Bensadą Benallalem (skarżący) a państwem belgijskim w przedmiocie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o cofnięciu zezwolenia na pobyt i nakazującej skarżącemu opuszczenie terytorium Belgii.

Skarżący, mający obywatelstwo hiszpańskie, przybył do Belgii w dniu 24 maja 2012 r. W następstwie wniosku złożonego w dniu 31 maja 2012 r. decyzją z dnia 24 września 2012 r. zezwolono mu na pobyt w tym państwie członkowskim w charakterze pracownika najemnego.

W dniu 26 września 2013 r. państwo belgijskie cofnęło zezwolenie na pobyt A. Bensady Benallala i nakazało mu opuszczenie terytorium Belgii. W decyzji tej wskazano w szczególności, że skarżący posłużył się nieprawdziwymi informacjami, które miały decydujące znaczenie dla przyznania mu prawa pobytu (nie posiadał deklarowanych umów o pracę).

W dniu 2 stycznia 2014 r. skarżący wniósł skargę o stwierdzenie nieważności tej decyzji – podniósł wyłącznie zarzut naruszenia przepisu ustawowego dotyczącego formalnego uzasadnienia aktów administracyjnych, naruszenia zasady dobrej administracji, zasady pewności prawa, zasady proporcjonalności, zasad ostrożności i dbałości, zasady rzetelnego zarządzania, zasady, zgodnie z którą organ admini-

stracji zobowiązany jest działać z uwzględnieniem wszelkich elementów sprawy, a także naruszenia art. 35 dyrektywy 2004/38.

Zdaniem skarżącego kwestionowana decyzja nie była zasadna. Wskazał on w tym względzie, że sprawozdanie, na którym oparto decyzję, ani nie zostało załączone do rzeczzonej decyzji, ani nie zostało mu przekazane przed jej doręczeniem, ani też jego treść nie została w niej w istocie przytoczona, w związku z czym nie był on w stanie zrozumieć uzasadnienia wydanej wobec niego decyzji. Skarga została oddalona przez belgijski sąd do spraw cudzoziemców.

Skarżący wniósł skargę kasacyjną na powyższy wyrok, wskazując na naruszenie, po pierwsze, ogólnych zasad poszanowania prawa do obrony i kontradyktoryjności przyjętych w prawie belgijskim oraz, po drugie, prawa do bycia wysłuchanym, ale również art. 41 i 51 karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

Sąd kasacyjny postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym: „Czy zasada ogólna prawa Unii Europejskiej ustanawiająca obowiązek poszanowania prawa do obrony, w tym prawa każdej osoby do bycia wysłuchanym przez władze krajowe przed wydaniem przez odnośny organ jakiegokolwiek decyzji, która mogłaby niekorzystnie wpłynąć na interesy tej osoby, takiej jak decyzja o cofnięciu zezwolenia na pobyt, ma w porządku prawnym Unii Europejskiej znaczenie równoważne ze

znaczeniem przepisów ustanawiających w prawie belgijskim bezwzględne przeszkody procesowe w wewnętrznym porządku prawnym tego państwa i czy zasada równoważności wymaga, by zarzut naruszenia zasady ogólnej prawa Unii Europejskiej dotyczącej obowiązku poszanowania prawa do obrony mógł być podniesiony po raz pierwszy w postępowaniu kasacyjnym, co w prawie krajowym jest dopuszczalne w przypadku zarzutów dotyczących bezwzględnych przeszkód procesowych?”

Stanowisko TSUE

Zdaniem TSUE sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy prawo Unii należy interpretować w ten sposób, że gdy zgodnie z obowiązującym prawem krajowym zarzut dotyczący naruszenia prawa wewnętrznego podniesiony po raz pierwszy w postępowaniu kasacyjnym jest dopuszczalny tylko, jeśli ów zarzut dotyczy bezwzględnej przeszkody procesowej, to podniesiony po raz pierwszy przed tym samym sądem zarzut dotyczący naruszenia prawa do bycia wysłuchanym, które jest gwarantowane w prawie Unii, należy uznać za dopuszczalny.

Trybunał podkreślił, że dyrektywa 2004/38 nie zawiera przepisów dotyczących zasad regulujących postępowania administracyjne i sądowe dotyczące decyzji w sprawie cofnięcia zezwolenia na pobyt obywatela Unii. Przypomniał zatem, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału wobec bra-

ku norm Unii w danej dziedzinie ich ustanowienie należy do wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich na mocy zasady autonomii proceduralnej tych państw, pod warunkiem jednak, że przepisy te nie są mniej korzystne niż przepisy normujące podobne sytuacje podlegające prawu krajowemu (zasada równoważności) oraz że praktycznie nie uniemożliwiają lub nie czynią nadmiernie uciążliwym wykonywanie praw przyznanych przez prawo Unii (zasada skuteczności).

Wynika stąd, zdaniem TSUE, że obie kumulatywne przesłanki, mianowicie poszanowanie zasad równoważności i skuteczności, winny zostać spełnione, aby państwo członkowskie mogło powołać się na zasadę autonomii proceduralnej w sytuacjach, które są regulowane przez prawo Unii.

W rozpatrywanej sprawie zarzut kasacyjny podniesiony przez skarżącego, dotyczący naruszenia gwarantowanego przez prawo Unii prawa do bycia wysłuchanym przez organ krajowy, który wydał niekorzystną dla niego decyzję, zderza się w zakresie jego dopuszczalności z przepisami krajowego prawa procesowego dotyczącymi zarzutów, które można podnieść po raz pierwszy w postępowaniu kasacyjnym.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zasada równoważności zakłada, że rozpatrywana norma krajowa znajduje zastosowanie bez różnicy do skarg opartych na prawach, które jednostki wywodzą z prawa Unii, oraz do skarg opartych na naru-

szczeniu prawa wewnętrznego, mających podobny przedmiot i podstawę. Poszanowanie tej zasady zakłada więc równe traktowanie skarg opartych na naruszeniu prawa krajowego oraz podobnych skarg opartych na naruszeniu prawa Unii.

Wymóg poszanowania zasady równoważności zakłada więc, że jeżeli przepisy prawa wewnętrznego dotyczące zasad postępowania w dziedzinie skarg kasacyjnych nakładają na sąd orzekający w tym charakterze obowiązek uwzględnienia lub podniesienia z urzędu zarzutu opartego na naruszeniu prawa krajowego, ten sam obowiązek winien tak samo mieć pierwszeństwo w odniesieniu do mającego ten sam charakter zarzutu opartego na naruszeniu prawa Unii.

Trybunał orzekał już, że poszanowanie prawa do obrony w każdym postępowaniu wszczętym przeciwko określonej podmiotowi, które może zakończyć się wydaniem aktu powodującego dla niego negatywne skutki, stanowi fundamentalną zasadę prawa Unii, której należy przestrzegać nawet w braku jakichkolwiek uregulowań proceduralnych. Zgodnie z tą zasadą adresatom decyzji wpływających w sposób istotny na ich interesy powinno się umożliwić skuteczne przedstawienie ich stanowiska.

W konsekwencji, zdaniem TSUE, sąd krajowy powinien zbadać, czy przesłanka związana z zasadą równoważności jest spełniona w sprawie zawisłej przed nim, tj. czy prawo do bycia wysłuchanym gwarantowane

przez prawo wewnętrzne spełnia przesłanki wymagane w prawie krajowym, by mogło zostać uznane za bezwzględną przeszkodę procesową.

Prawo Unii trzeba zatem interpretować w ten sposób, że gdy zgodnie z obowiązującym prawem krajowym zarzut dotyczący naruszenia prawa wewnętrzne-

go podniesiony po raz pierwszy przed sądem krajowym orzekającym w postępowaniu kasacyjnym jest dopuszczalny tylko, jeśli ów zarzut dotyczy bezwzględnej przeszkody procesowej, to podniesiony po raz pierwszy przed tym samym sądem zarzut dotyczący naruszenia prawa do bycia wysłuchanym, które jest gwa-

rantowane w prawie Unii, należy uznać za dopuszczalny, jeżeli owo prawo do bycia wysłuchanym, gwarantowane przez prawo wewnętrzne, spełnia przesłanki wymagane w tym prawie, by mogło zostać uznane za bezwzględną przeszkodę procesową, co powinien ustalić sąd odsyłający.

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 4 grudnia 2015 r. w sprawie Zakharov przeciwko Rosji, skarga nr 47143/06 – prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji

Stan faktyczny

Roman Zakharov to redaktor naczelny jednego z rosyjskich wydawnictw i użytkownik telefonii komórkowej. W grudniu 2003 r. wszczął postępowanie sądowe przeciwko trzem operatorom komórkowym, ministerstwu do spraw komunikacji i departamentowi Federalnej Służby Bezpieczeństwa dla Petersburga i obwodu leningradzkiego. W postępowaniu tym zarzucił naruszenie prawa do prywatności przez stosowany w Rosji system niejaw-

nej kontroli rozmów z telefonów komórkowych. Zgodnie z zarządzeniem ministra właściwego do spraw komunikacji operatorzy sieci komórkowych muszą instalować urządzenia pozwalające organom ścigania na prowadzenie operacyjnych czynności niejawnych. W ten sposób operatorzy umożliwiają organom ścigania nieograniczony podsłuch rozmów telefonicznych bez wcześniejszej decyzji sądowej i bez żadnych gwarancji proceduralnych. Roman Zakharov wniósł do sądu o wydanie zakazu stosowania takich urządzeń oraz zapewnienie, że dostęp do prywatnych rozmów uzyskują jedynie osoby uprawnione. Roszczenia R. Zakharova zostały przez sądy rosyjskie oddalone. Sąd okręgowy w wyroku z kwietnia 2006 r. stwierdził w szczególności, że skarżący nie wykazał, by jego rozmowy były podsłuchiwane lub by operatorzy przekazywali jego dane nieuprawnionym osobom, a zatem nie mógł twierdzić, że był ofiarą jakiegokolwiek naruszenia. W ocenie sądu montaż specjalnych nadajników nie stanowił naruszenia prywatności komunikacji.

Stanowisko ETPC – prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji (art. 8 EKPC²)

Trybunał rozważył, czy skarżący miał status pokrzywdzonego i czy doszło do ingerencji w prawo do prywatności. Zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nawet jeśli skarżący nie wykazał, że był podmiotem, wobec którego zastosowano konkretny środek kontroli (przechwytywanie połączeń telefonicznych), to miał prawo twierdzić, iż jest ofiarą naruszenia konwencji. Ze względu na poufny charakter środków kontroli przewidzianych przez prawo rosyjskie, ich szeroki zakres (obejmujący wszystkich użytkowników telefonii komórkowej) oraz brak skutecznych środków zaskarżenia tych środków na szczeblu krajowym ETPC uznał za zasadne dokonanie abstrakcyjnej ana-

1 Autor jest stypendystą w ramach projektu „Kształcenie kadr na potrzeby rynku flexicurity i gospodarki opartej na wiedzy – oferta kierunków nauk humanistyczno-społecznych UE”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

2 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie i uzupełniona protokołami (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284), dalej: konwencja lub EKPC.

lizy odnośnych przepisów, bez odwoływania się do konkretnego przypadku naruszenia prawa podstawowego. Biorąc pod uwagę to, że krajowe środki prawne przysługujące osobom mającym podejrzenie bycia podsłuchiwanymi są bezskuteczne, R. Zakharov nie musiał w ogóle zwracać się do organów krajowych przed wystąpieniem ze skargą na podstawie konwencji. Już bowiem samo istnienie spornego systemu podsłuchiwania telefonów komórkowych stanowiło ingerencję w prawo z art. 8 EKPC.

Następnie ETPC dokonał – jednoznacznie negatywnej z punktu widzenia standardów konwencyjnych – oceny prawa rosyjskiego w zakresie niejawnej kontroli rozmów telefonicznych. Trybunał zwrócił uwagę, że z jednej strony kontrola rozmów telefonicznych miała podstawy w prawie i służyła legitymowanym celom, takim jak ochrona bezpieczeństwa narodowego i bezpieczeństwa publicznego, zapobieganie przestępczości oraz ochrona dobrobytu ekonomicznego kraju, ale z drugiej strony przepisy regulujące podsłuchiwanie telefonów komórkowych nie przewidywały odpowiednich i skutecznych zabezpieczeń przed arbitralnością i nadużyciami. Trybunał dokonał analizy odnośnej regulacji prawnej ETPC w sześciu aspektach: a) okoliczności, w jakich organy władzy mogą podsłuchiwać rozmowy obywateli; b) długości trwania niejawnej kontroli; c) procedur przechowywania i niszczenia zarejestrowanych danych; d) procedur zezwalania na

prowadzenie niejawnej kontroli; e) nadzoru nad prowadzeniem takiej kontroli; f) informowania obywateli o prowadzeniu kontroli oraz środkach prawnych przysługujących obywatelom w sytuacji podsłuchiwania ich telefonów komórkowych.

Trybunał stwierdził brak jasności obowiązujących przepisów dotyczących niektórych kategorii osób podlegających kontroli, tj. osób mogących mieć informacje o popełnieniu przestępstwa lub informacje istotne dla sprawy karnej, lub osób zaangażowanych w działalność zagrażającą bezpieczeństwu narodowemu, wojskowemu, ekonomicznemu czy ekologicznemu państwa. Zwłaszcza w odniesieniu do tej ostatniej kategorii osób przepisy krajowe pozostawiają władzom niemal nieograniczony zakres swobody w określeniu, które zdarzenia lub czynności stanowią odnośne zagrożenia i czy dane zagrożenie wystarczy dla uzasadnienia niejawnej kontroli.

W ocenie ETPC w prawie rosyjskim brakuje również prawnego nakazu zaprzestania podsłuchu, gdy ustały przesłanki uzasadniające jego stosowanie. Przepisy dotyczące okoliczności, w których stosowanie środków kontroli musi zostać przerwane, nie dają wystarczających gwarancji przed arbitralną ingerencją. Trybunał zauważył, że podsłuchiwanie rozmów telefonicznych w postępowaniu karnym ma w Rosji więcej zabezpieczeń niż podsłuchiwanie w związku z działalnością zagrażającą bezpieczeństwu narodowemu, wojskowemu, eko-

logicznemu czy ekologicznemu państwa.

W przedmiocie procedur przechowywania i niszczenia zarejestrowanych danych przewidziany na retencję danych okres 6 miesięcy obowiązuje w Rosji jedynie wobec osób, które nie zostały oskarżone o popełnienie przestępstwa. W przypadku osób oskarżonych o popełnienie przestępstwa nie ma z kolei jasności co do okoliczności, w których uzyskane dane będą przechowywane i niszczone po zakończeniu postępowania sądowego. Trybunał zaznaczył, że brak jasności przepisów bądź milczenie ustawodawcy pozwalają *de facto* na bezterminowe przechowywanie takich danych.

Zdaniem ETPC procedura udzielania zgody na prowadzenie niejawnej kontroli nie zabezpiecza przed chaotycznym, niezgodnym z prawem i bezpodstawnym korzystaniem z niejawnych środków kontroli. Przede wszystkim sądy nie badają, czy istnieje uzasadnione podejrzenie wobec osoby, która ma być poddana niejawnej kontroli lub czy kontrola taka jest konieczna i proporcjonalna. W praktyce do wniosków o zgodę na przeprowadzenie niejawnej kontroli często nie załączano materiałów pomocniczych, a sędziowie nigdy nie żądali od wnioskodawców ich przedstawienia. Do uzyskania zgody wystarczało samo odwołanie się do istnienia informacji o przestępstwie albo działalności zagrażającej bezpieczeństwu narodowemu, wojskowemu, ekonomicznemu czy ekologicznemu państwa. Jak za-

uważył ETPC, rosyjska ustawa dotycząca kontroli operacyjnej nie zawiera żadnych wymagań co do treści zarówno wniosku o kontrolę, jak i samego zezwolenia. W praktyce sądy rosyjskie wydają czasem zezwolenia, w których nie wskazują ani konkretnej osoby, ani numeru telefonu będącego przedmiotem podsłuchu, ani czasu trwania podsłuchu. Zezwalają natomiast na kontrolę wszystkich połączeń telefonicznych w rejonie, w którym doszło do przestępstwa. Organy państwa mają więc bardzo szeroką swobodę uznania, jakie połączenia i przez jaki czas przechwytywać.

W ocenie ETPC prawo rosyjskie nie zapewnia również skutecznej kontroli sądowej postępowania w trybie pilnym. Przewidziana ustawą pilna procedura pozwalająca na kontrolę połączeń przez 48 godzin bez wcześniejszej zgody sądu nie przewiduje wystarczających zabezpieczeń przed nieuzasadnioną ingerencją w sferę prywatności. Przepisy nie ograniczają procedury w trybie pilnym do przypadków bezpośredniego poważnego zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego, wojskowego, ekonomicznego lub ekologicznego. Organom władzy pozostawiono zatem nieograniczoną swobodę oceny, w jakich sytuacjach postępowanie takie (o charakterze niesądowym) byłoby usprawiedliwione. Co więcej, sędzia poinformowany o przypadku pilnego przechwytywania połączeń w ciągu 24 godzin od rozpoczęcia kontroli może wyrazić zgodę na przedłużenie środka kontroli ponad okres

48 godzin i nie może oceniać, czy użycie trybu pilnego było usprawiedliwione albo czy materiał uzyskany w okresie wcześniejszych 48 godzin powinien być zachowany czy zniszczony.

Trybunał stwierdził, że także nadzór nad prowadzeniem kontroli operacyjnej nie jest zgodny z wymogami konwencji – zarówno w aspekcie niezależności organów nadzoru od władz prowadzących podsłuch, jak i posiadania przez nie wystarczających uprawnień i kompetencji do sprawowania skutecznej i ciągłej kontroli. Trybunał zaznaczył po pierwsze, że wynikający z przepisów rosyjskich nakaz, aby urządzenie zainstalowane przez dostawców usług łączności nie rejestrowało ani nie odnotowywało informacji na temat podsłuchów, uniemożliwia organowi kontrolnemu ujawnienie inwigilacji prowadzonej bez właściwego zezwolenia sądu. Po drugie, że ogólna kontrola stosowania podsłuchów nie należy do sądów. Kontrola sądowa istnieje tylko w fazie początkowej, gdy sąd wydaje zezwolenie, następnie sprawują ją prezydent, parlament, rząd, prokurator generalny oraz właściwi prokuratorzy niższego szczebla. Prawo rosyjskie nie określa jednak sposobu, w jaki prezydent, parlament i rząd mogą kontrolować podsłuchy. W przypadku prokuratorów prawo wprawdzie określa zakres i procedury nadzoru nad działaniami operacyjnymi, ale sposób ich powoływania oraz jednocześnie wyrażanie zgody na podsłuch i nadzór nad jego stosowaniem w ramach ścigania może rodzić

wątpliwości co do ich niezależności. Po trzecie, że zakres kontroli prokuratorskiej nad środkami inwigilacji jest ograniczony, w szczególności kontrola ta nie obejmuje informacji na temat tajnych agentów służb bezpieczeństwa oraz taktyk, metod i używanych przez nich środków. Po czwarte, iż nadzór prokuratorów nad działaniami operacyjnymi jest prowadzony w sposób niepozwalający na kontrolę publiczną, przedstawiane Prokuratorowi Generalnemu Rosji półroczne raporty zawierają tylko informacje statystyczne na temat liczby inspekcji i stwierdzonych naruszeń, nie są publikowane ani w żaden inny sposób publicznie dostępne. Zdaniem ETPC wątpliwości budzi również praktyczna skuteczność kontroli prokuratorskiej nad środkami tajnej kontroli. Skarżący przedstawił dokumenty potwierdzające, że prokuratorzy nie mieli dostępu do materiałów pochodzących z podsłuchów, a rząd rosyjski nie przedstawił żadnych raportów z inspekcji ani decyzji prokuratorów zarządzających wstrzymanie lub usunięcie ujawnionych naruszeń prawa. W obowiązującym kształcie nadzór prokuratorów nad podsłuchami nie mógł zapewnić odpowiednich i skutecznych gwarancji przed nadużyciami.

Trybunał zwrócił ponadto uwagę na niską skuteczność środków prawnych przysługujących osobom inwigilowanym. Powodem słabości środków prawnych jest brak notyfikacji podsłuchu oraz odpowiedniego dostępu do odnoszących się do niego dokumentów. Przede wszystkim, poza

przypadkami sprawy karnej przeciwko osobie inwigilowanej i użycia jako dowodu przechwyconych danych albo przecieku wskazującego na podsłuch, osoba zainteresowana nie ma możliwości dowiedzenia się kiedykolwiek, czy jej połączenia były przechwytywane. Osoba, która dowiedziała się o podsłuchu jej połączeń telefonicznych, może żądać jedynie informacji o uzyskanych danych, ale uprawnienie to jest ograniczone. Informacji takiej udziela się tylko wtedy, gdy dana osoba nie została oskarżona albo postępowanie wobec niej zostało umorzone. Poza tym udostępniane są tylko informacje niestanowiące tajemnicy państwowej, a informacje na temat działań operacyjnych, stosowanych metod, funkcjonariuszy w nie zaangażowanych oraz zebranych danych stanowią tajemnicę państwową. Z kolei przewidziana w prawie rosyjskim możliwość odwołania się do bezpośredniego przełożonego organu, którego działania są kwestionowane jako naruszające prawa jednostki, nie spełnia standardów niezależności służącej ochronie przed nadużyciem władzy. Trybunał uznał więc, że prawo rosyjskie nie zapewnia skutecznego środka prawnego w związku z tajną inwigilacją w przypadkach postępowania karnego przeciwko osobie inwigilowanej. Zdaniem ETPC w systemie rosyjskim także środki prawne umożliwiające zaskarżenie do sądu przechwytywania połączeń oraz służące postawieniu przed sądami kwestii niewystarczalności gwarancji przeciwko nad-

użyciom nie mogą być uznane za skuteczne, zwłaszcza gdy jednostka nie ma możliwości kwestionowania przechwytywania z mocą wsteczną.

Podsumowując, Trybunał zaznaczył, że przepisy prawa rosyjskiego dotyczące przechwytywania połączeń nie zapewniały odpowiednich i skutecznych gwarancji przed arbitralnością ani ryzykiem nadużyć będącym nieodłącznym elementem każdego systemu tajnej inwigilacji, szczególnie wysokim, gdy tajne służby i policja mają bezpośredni dostęp do wszystkich połączeń komórkowych. Nie zostały też wystarczająco jasno zdefiniowane okoliczności, w których władze publiczne są uprawnione do sięgania po środki tajnej inwigilacji. Przepisy o zaniechaniu tajnych środków inwigilacji nie zapewniają odpowiednich gwarancji przed arbitralną ingerencją. Prawo krajowe zezwala na automatyczne przechowywanie wyraźnie nieistotnych danych i nie ma wystarczającej jasności co do okoliczności, w jakich przechwycone dane mogą być przechowywane i zniszczone po zakończeniu procesu. Procedura zezwoleń nie zapewnia stosowania podsłuchu wyłącznie w razie konieczności w demokratycznym społeczeństwie. Także nadzór nad przechwytywaniem danych nie daje wystarczających możliwości wykonywania skutecznego i ciągłego nadzoru, kontroli publicznej i praktycznej skuteczności.

Trybunał stwierdził zatem, że prawo rosyjskie w zakresie, w jakim przewiduje niejawną kontro-

lę rozmów telefonicznych w sieciach komórkowych, nie spełnia warunku „jakości prawa” i nie pozwala na ograniczenie niejawnej kontroli do tego, co jest „niezbędne w demokratycznym społeczeństwie”. Zdaniem ETPC Rosja naruszyła art. 8 EKPC.

Opracowała Anna Chmielarz-Grochal

Wyrok ETPC (pierwsza izba) z dnia 11 lutego 2016 r. w sprawie Dallas przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 38395/12 – zakaz karania bez podstawy prawnej

Stan faktyczny

Skarżąca pani Dallas, Greczynka mieszkająca w angielskim Luton, brała udział w postępowaniu przed Sądem Koronnym (ang. *Crown Court*). Zanim sprawa skarżącej została wywołana, sędzia udzielił ławie przysięgłych licznych wskazówek, w tym co do znaczenia dla rozpatrywanej sprawy zeznań i dowodów uzyskiwanych przed sądem. Sędzia podkreślił, że członkowie ławy przysięgłych nie mogą z kimkolwiek rozmawiać o rozpatrywanej sprawie, zabronił im także podejmowania w internecie jakiegokolwiek działalności związanej z postępowaniem. W toku postępowania sądowego zostały m.in. przedstawione dowody potwierdzające fakt popełnienia przez skarżącą przestępstwa.

Trzeciego dnia postępowania sądowego jeden z przysięgłych poinformował urzędnika sądo-

wego, że skarżąca przekazała mu drogą internetową informacje dotyczące jej aktu oskarżenia, nieznane mu w postępowaniu sądowym. Sędzia poinformował więc panią Dallas, że jej zachowanie zostanie objęte aktem oskarżenia, o jej postępowaniu został zawiadomiony Prokurator Generalny i w sprawie zostanie wszczęte postępowanie karne. Proces sądowy został przerwany.

Następnie urząd prokuratorski wystąpił o zgodę na aresztowanie skarżącej za przestępstwo obrazy sądu polegające na kontaktowaniu się z ławą przysięgłych i przekazywanie jej informacji dotyczących aktu oskarżenia.

Skarżąca przyznała się do działalności w internecie, nie zgodziła się jednak, że jej kontakty z ławą przysięgłych mogły utrudnić należyte funkcjonowanie organów wymiaru sprawiedliwości. Skarżąca została uznana winną przestępstwa obrazy sądu i wymierzono jej karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Stanowisko ETPC – zakaz karania bez podstawy prawnej (art. 7 EKPC)

Trybunał powtórzył, że art. 7 EKPC powinien być interpretowany i stosowany w taki sposób, aby wykluczyć arbitralne oskarżanie, skazywanie lub karanie. Z kolei czyn zabroniony musi być jasno i precyzyjnie określony, a prawo musi być dostępne i przewidywalne.

Trybunał podkreślił, że w Wielkiej Brytanii rozwój prawa karnego w drodze wykładni stosowanej przez sądy jest utrwaloną i znaną praktyką sądową, a art. 7 EKPC nie

wyklucza stopniowego wyjaśniania zasad odpowiedzialności karnej w drodze wykładni sądowej.

Trybunał zauważył, że strony postępowania nie podważały istniejącego w orzecznictwie brytyjskim testu pozwalającego ustalić, czy doszło do przestępstwa obrazy sądu. Na test ten składają się dwa elementy: po pierwsze czyn stwarzający „rzeczywiste ryzyko” uszczerbku dla wymiaru sprawiedliwości oraz, po drugie, zamiar stworzenia tego ryzyka. W ocenie ETPC działania skarżącej dowodziły istnienia realnego ryzyka naruszenia autorytetu wymiaru sprawiedliwości, w szczególności dlatego, że próbowała ona wprowadzić do postępowania sądowego dowody wbrew proceduralnym regułom ich wykorzystywania w procesie. Trybunał nie miał wątpliwości, że stanowienie prawa sądowego w sprawie skarżącej mieściło się w rozsądnych granicach i było dla niej przewidywalne w tym sensie, że mogła przewidzieć, jakie sankcje spotkają ją za podjęte działania. Tym samym Wielka Brytania nie naruszyła standardu konwencyjnego.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (trzecia izba) z dnia 1 marca 2016 r. w sprawie Arlewin przeciwko Szwecji, skarga nr 22302/10 – prawo dostępu do sądu

Stan faktyczny

Raja Arlewin to szwedzki biznesmen mieszkający w Sztokholmie. W październiku 2006 r.

próbował wszcząć przed organami szwedzkimi postępowanie z oskarżenia prywatnego i wystąpił do sądu z roszczeniem o odszkodowanie za zniesławienie. W emitowanym na żywo w Szwecji programie telewizyjnym został bowiem oskarżony o udział w zorganizowanej grupie przestępczej. Program telewizyjny został wyprodukowany w Szwecji, w języku szwedzkim i towarzyszyły mu szwedzkie reklamy. Sąd pierwszej instancji w maju 2008 r. odrzucił pozew R. Arlewina – uznał brak swojej jurysdykcji w sprawie, gdyż przedsiębiorstwo, które transmitowało program drogą satelitarną i było odpowiedzialne za program, miało siedzibę w Wielkiej Brytanii. Stanowisko to podtrzymał sąd drugiej instancji, który zaznaczył, że powód nie wykazał, iż decyzje dotyczące treści programu zostały podjęte w Szwecji. W ocenie sądu R. Arlewin powinien wystąpić na drogę sądową w Wielkiej Brytanii. Następnie R. Arlewin odwołał się do szwedzkiego Sądu Najwyższego. Jego zdaniem stanowisko sądów krajowych pozostaje w sprzeczności z odpowiednimi normami prawa unijnego, zwłaszcza z tzw. rozporządzeniem Bruksela I (art. 2 i art. 5 rozporządzenia Rady nr 44/2001)³. Wniósł jednocześnie, by Sąd Najwyższy wystąpił do Trybunału Sprawied-

3 Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. L 12 z 16 stycznia 2001 r., s. 1).

liwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia przedwstępne-
go w sprawie wykładni spornych
przepisów. We wrześniu 2009 r.
Sąd Najwyższy odmówił jednak
zwrócenia się do Trybunału Spra-
wiedliwości UE.

Stanowisko ETPC – prawo dostępu do sądu (art. 6 ust. 1 EKPC)

Trybunał zwrócił uwagę, że
w sprawie R. Arlewina znajdują
zastosowanie dwa instrumenty
prawne Unii Europejskiej: roz-
porządzenie Bruksela I oraz dy-
rektywa 2010/13/EU o usługach
audiowizualnych⁴. Nie zgodził się
ze stanowiskiem rządu szwedz-
kiego, że dyrektywa o audiowiz-
ualnych usługach medialnych
regulowała właściwość sądu
w przypadku transgranicznej
emisji programu telewizyjne-
go, będącej podstawą wystąpie-
nia z powództwem o ochronę
dóbr osobistych. Zdaniem ETPC
art. 28 dyrektywy 2010/13/EU
stanowi o prawie do sprostowa-
nia, a nie o właściwości sądu przy
powództwie o odszkodowanie za
naruszenie dóbr osobistych. Kwe-
stie jurysdykcji sądów w postępo-
waniu cywilnym reguluje rozpo-
rządzenie Bruksela I. Stosownie
do art. 2 i 5 rozporządzenia Bruk-

sela I właściwy w sprawie skarżą-
cego był zarówno sąd w Szwecji,
jak i sąd w Wielkiej Brytanii.

Trybunał zaznaczył, że treść,
produkcja, emisja programu oraz
jego oddźwięk były nierozdziel-
nie związane ze Szwecją. Mate-
riał został zrealizowany w języku
szwedzkim, przez szwedzkie-
go producenta, dotyczył realiów
szwedzkich i był skierowany do
szwedzkiej publiczności. Szkoda,
jaką poniósł skarżący, została za-
tem wyrządzona w Szwecji. Z ko-
lei wyemitowany program był po-
wiązany z Wielką Brytanią tylko
w wymiarze technicznym, zwią-
zanym z jego emisją za pośred-
nictwem satelity. W ocenie ETPC
Szwecja miała więc – stosownie
do art. 6 EKPC – obowiązek za-
pewnić skarżącemu skuteczne
prawo dochodzenia jego roszczeń
przed sądem. W praktyce jednak
względy techniczne emisji pro-
gramu przesądziły o przyjęciu
przez sądy szwedzkie, że program
nie pochodził ze Szwecji i odmow-
ie uznania jurysdykcji krajowej.
Skarżący nie miał więc *de facto*
możliwości pozwania, na pod-
stawie prawa szwedzkiego, osób
odpowiedzialnych za naruszenie
jego dobrego imienia. Zdaniem
ETPC wystąpienie na drogę sądo-
wą w Wielkiej Brytanii nie było
w rozpoznawanej sprawie rozsąd-
ną i praktyczną alternatywą. Sąd
krajowy nie może bowiem uchylić
się od odpowiedzialności za roz-
strzygnięcie zawisłego przed nim
sporu, przerzucając ten obowią-
zek na sąd innego państwa.

Podsumowując, Trybunał za-
znaczył, że brak merytorycznego
rozpatrzenia powództwa skarżą-

cego stanowił naruszenie samej
istoty prawa do sądu chronione-
go w art. 6 ust. 1 EKPC. Zdaniem
ETPC zastosowane ograniczenie
prawa dostępu do sądu było zbyt
daleko idące i nie może być uzna-
ne za proporcjonalne. Trybunał
stwierdził zatem, że w sprawie
doszło do naruszenia konwencji.

Opracowała Anna Chmielarz-
-Grochal

Wyrok ETPC (trzecia izba) z dnia 29 marca 2016 r. w sprawie Gómez Olmeda przeciwko Hiszpanii, skarga nr 61112/12 – prawo do rzetelnego procesu sądowego

Stan faktyczny

Skarżącego pana Gómeza Ol-
medę sąd pierwszej instancji ska-
zał za przestępstwo poważnego
nieposłuszeństwa wobec władzy
publicznej i wymierzył mu za ten
czyn karę 6 miesięcy pozbawienia
wolności, a u niewinniał go od in-
nych zarzucanych czynów (w tym
fałszywego oskarżenia o popeł-
nienie przestępstwa i zniesławie-
nia). Sąd uznał, że pan Gómez Ol-
meda, jako administrator forum
internetowego, odmówił wyko-
nania polecenia policji usunię-
cia określonych wpisów, mimo
że usunął stronę internetową fo-
rum. Zarówno prokuratura, jak
i obrońca odwołał się od wyroku.
W postępowaniu odwoławczym
pan Gómez Olmeda nie poprosił
o udzielenie mu głosu, potrzeby
takiej nie dostrzegł sam sąd, któ-
ry ograniczył się do odtworzenia
nagrania wideo z postępowania

4 Dyrektywa 2010/13/UE Parlamentu
Europejskiego i Rady z dnia 10 marca
2010 r. (wersja ujednolicona) w spra-
wie koordynacji niektórych przepisów
ustawowych, wykonawczych i admi-
nistracyjnych państw członkowskich
dotyczących świadczenia audiowizu-
alnych usług medialnych (Dz.Urz. UE
L 95 z 15 kwietnia 2010 r., s. 1).

przed sądem pierwszej instancji. Sąd odwoławczy podtrzymał wyrok skazujący, a dodatkowo uznał skarżącego winnym fałszywego oskarżenia o popełnienie przestępstwa. Sąd oparł się na materiale procesowym zgromadzonym w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Skarżący zarzucał władzom hiszpańskim, że sąd drugiej instancji uznał go winnym przestępstwa (w odniesieniu do którego w pierwszej instancji został uniewinniony) bez przeprowadzenia należytego postępowania dowodowego, w szczególności bez wysłuchania oskarżonego.

Stanowisko ETPC – prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPC)

Trybunał – wbrew stanowiisku władz hiszpańskich – uznał,

że fakt nieprzesłuchania pana Gómeza Olmedy był wynikiem jego rezygnacji ze złożenia wyjaśnień, gdyż rolą sądu odwoławczego jest podjęcie odpowiednich środków procesowych niezależnie od woli oskarżonego. Trybunał nawiązał do swojego wcześniejszego orzeczenia i przypomniał, że przesłuchanie jest konieczne zawsze wtedy, gdy sąd odwoławczy ponownie bada fakty i okoliczności ustalone w postępowaniu prowadzonym przez sąd pierwszej instancji. Spełnienie tego wymogu jest szczególnie istotne, gdy (co miało miejsce w rozpatrywanej sprawie) sąd odwoławczy zmienia ustalenia sądu kontrolowanego i skazuje za popełnienie czynu zabronionego, w przedmiocie którego sąd pierwszej instancji wydał wyrok

uniewinniający, zwłaszcza że pan Gómeza Olmeda zaprzeczał, by dopuścił się zarzucanego mu czynu.

Zdaniem ETPC naruszenie standardu konwencyjnego wynikało także z tego, że sąd drugiej instancji przypisał winę za fałszywe oskarżenia o popełnienie przestępstwa po raz pierwszy w postępowaniu sądowym, dlatego odtworzenie nagrania wideo nie mogło zrehabilitować nieprzesłuchania skarżącego (ETPC zwrócił uwagę, że do podobnych wniosków dochodził w przeszłości hiszpański Trybunał Konstytucyjny). Z tego względu Trybunał jednogłośnie uznał, że Hiszpania naruszyła art. 6 ust. 1 EKPC.

Opracował Jarosław Sułkowski

Przegląd orzecznictwa sądów brytyjskich

Wyrok Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii z dnia 22 marca 2016 r. w sprawie Sanghera and others v R [2016] EWCA Crim 94

Stan faktyczny

Apelanci (Sanghera, Atkar, Brown i O'Meara) byli członkami grupy przestępczej, która w 2013 r. zorganizowała dwa przerzuty kokainy z Meksyku do Londynu, w lutym i sierpniu. Substancję przemycano na pokładzie samolotów pasażerskich linii British Airways. Łącznie sprowadzono do Wielkiej Brytanii 40 jednokilogramowych paczek narkotyku. W operacji pomogli zakupieni przez apelantów pracownicy linii lotniczej, jak i urzędnicy celni (pkt 1 wyroku¹).

Sanghera i Atkar stali na czele organizacji. Pierwszy z nich kontaktował się z dostawcami kokainy w Meksyku i był odpowiedzialny za korupcję pracowników lotniska Heathrow w Londynie. Atkar był głównym współpracownikiem Sanghery i niejako jego przedstawicielem w Wielkiej Brytanii, odpowiedzialnym za transport narkotyków w bez-

pieczne miejsca na terenie kraju, a następnie pośredniczenie w ich dystrybucji.

W pierwszej instancji sędzia Robbins skazał Sangherę na 25 lat pozbawienia wolności za udział w organizacji przestępczej mającej na celu import kokainy. Atkar został skazany na 21 lat pozbawienia wolności, zaś Brown i O'Meara – 13 lat².

Wyrok

Apelacja została uwzględniona w części. Lord Justice Bean w imieniu całego składu orzekającego podkreślił, że przy podejmowaniu decyzji brał pod uwagę to, iż jeden z apelantów, Atkar, przyznał się do winy przy pierwszej możliwej sposobności – i obniżył jego karę o 20%³. W przypadku Sanghery sędzia Bean obniżył karę z 25 lat pozbawienia wolności do 22,5 roku, przyjmując jako punkt wyjścia maksymalny wymiar kary w wysokości 27 lat⁴. Sąd obniżył również kary dwóch pozostałych oskarżonych – o 20%⁵.

Sąd Apelacyjny skrupulatnie uzasadnił decyzję o redukcji wy-

miaru kary w odniesieniu do każdego z oskarżonych. W przypadku Atkara wyraził gotowość do obniżenia wymiaru kary o ponad 20%, na jego niekorzyść jednak poczytał fakt, że podczas dodatkowego przesłuchania oskarżonego, mającego rozstrzygnąć jego udział w sierpniowym przerzucie, ten dopuścił się kłamstwa, do którego następnie się przyznał⁶. Sąd obniżył wymiar kary Sanghery o 1/6, ponieważ to Atkar jako pierwszy przyznał się do winy⁷.

Jednogłośnie uznano, że sąd I instancji popełnił trzy zasadnicze błędy: (1) nie ujawnił, jaki był punkt wyjścia przy określaniu wymiaru kary; (2) jak wynikało z analizy sędziów Sądu Apelacyjnego, przyjęty pułap 30 lat dla głównego oskarżonego był zbyt wysoki; (3) sędzia nie wyjaśnił, czy dokonał redukcji wymiaru kary ze względu na przyznanie się oskarżonych do winy i wyrażoną skruchę⁸.

Znaczenie

Orzeczenie w sprawie *Sanghera* oferuje cenne wyjaśnienia wytycznych dotyczących wy-

1 Dalej: [2016] EWCA Crim 94, [1] itd.

2 Tamże, [15].

3 Tamże, [35].

4 Tamże, [34].

5 Tamże, [36].

6 Tamże, [19].

7 Tamże, [20].

8 Tamże, [15], [27], [28], [33].

mierzania kar za przemyt lub zaopatrywanie w narkotyki klasy A (według brytyjskiej ustawy *Misuse of Drugs Act 1971*). Na stronie 10 wytyczne przewidują wyroki pozbawienia wolności na 20 lat i więcej „w sprawach, gdzie dochodzi do obrotu narkotykami na najpoważniejszą, komercyjną skalę”, uzależniając ostateczną wysokość kary od roli oskarżonego w całej operacji⁹.

Sądy, obierając punkt wyjścia przy wymierzaniu kary, powinny brać pod uwagę następujące czynniki: to, czy sprawa dotyczy importu, czy zaopatrywania w substancje zakazane; rolę oskarżonego w organizacji przestępczej; ilość przemyconej lub sprzedanej substancji. Szczególne znaczenie w wyroku Sądu Apelacyjnego w tej konkretnej sprawie miała ilość przemyconych narkotyków. Lord Justice Bean zaakceptował bowiem argument obrony, że sąd powinien wyznaczyć granicę w sprawach dotyczących przemytu narkotyków klasy A – między 40 kg a ilością przekraczającą kilkadziesiąt kilogramów („olbrzymie ilości”)¹⁰.

Sąd Apelacyjny wyraził aprobatę dla zjawiska nazwanego *bundling* lub *crowding*¹¹. W sprawach o import narkotyków klasy A na dużą skalę sąd ma pełne prawo za punkt wyjścia przyjąć karę 20 lat więzienia, choć pro-

gi nawet powyżej 30 lat nie są wykluczone w sytuacjach skrajnych¹². Gdy w sprawie jest wielu oskarżonych, którzy zajmowali różne stanowiska w hierarchii danej grupy przestępczej, punkt wyjścia obrany przez sąd przy wymierzaniu kary każdemu z nich powinien odzwierciedlać ich udział w operacji przemytniczej. Jednakże z uwagi na wysoki ciężar gatunkowy przestępstw narkotykowych różnice między karą wymierzoną mózgowi operacji przemytniczej a karą wymierzoną osobie umieszczonej niżej w hierarchii (np. kierowcy, celnikowi itd.) nie będą stosunkowo duże. Priorytetem w działaniach sądu jest surowość kary i spełnienie funkcji ochronnej prawa karnego¹³.

Lord Justice Bean zauważył, że wytyczne dotyczące wymierzania kar za przestępstwa narkotykowe pozostawiają sędziom duży zakres swobody. Sędzia nie był w stanie dopatrzeć się jednego spójnego schematu, którym kierowaliby się sędziowie w po-

dobnych sprawach¹⁴. Istotne wydaje się jednak spostrzeżenie, iż przestępstwo zaopatrywania w narkotyki zasługuje potencjalnie na wyższy wymiar kary niż ich przemyt¹⁵.

Wyrok Sądu Najwyższego Wielkiej Brytanii z dnia 13 kwietnia 2016 r. w sprawie *In the matter of N (Children)* [2016] UKSC 15

Stan faktyczny

Przedmiotem apelacji było rozstrzygnięcie, czy decyzja o sytuacji prawnej dwóch dziewczynek narodowości węgierskiej powinna zostać przekazana przez sądy brytyjskie sądom na Węgrzech. Dziewczynki urodziły się i mieszkały całe swoje dotychczasowe życie w Wielkiej Brytanii. Zgodnie z art. 8 rozporządzenia Rady nr 2201/2003¹⁶ zasadniczo właściwe do orzekania w sprawach odnoszących się do odpowiedzialności rodzicielskiej za dziecko są władze państwa członkowskiego UE, na którego terenie dziecko zwykle zamieszkuje w czasie, w którym zostało wytoczone powództwo. Sąd mu-

⁹ Tamże, [22], tłum. autora.

¹⁰ Tamże, [28], w oryginale *massive quantities*.

¹¹ Termin został użyty po raz pierwszy w sprawie *R v Brookhouse* [2004] EWCA Crim 3471, [66].

¹² W sprawie *Attorney General's References Nos 99, 100, 101 and 102 of 2004 (Jules Devere Whiteway and Others)* w punkcie 43 Lord Justice Rose położył szczególny nacisk na ilość przemyconych lub sprzedanych narkotyków. Zasugerował on, że gdyby ta ilość oscylowała w granicach 2000–3000 kg, wtedy sąd miałby realne podstawy, by za punkt wyjścia przyjąć pułap powyżej 30 lat pozbawienia wolności.

¹³ Sprawa *Welsh* [2014] EWCA Crim 1027, [10]–[12], cytowana z aprobatą w sprawie *Sanghera* [2016] EWCA Crim 94, [24].

¹⁴ [2016] EWCA Crim 94, [26].

¹⁵ Tamże.

¹⁶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.Urz. L 338 z 23.12.2003, s. 1–29).

siał zdecydować, czy w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajduje wyjątek przewidziany w art. 15 rozporządzenia, którego ust. 1 przewiduje możliwość zawieszenia sprawy lub jej części i zaproszenia stron do złożenia wniosku przed sądem innego państwa członkowskiego¹⁷.

Rodzice dziewczynek są obywatelami Węgier, którzy przybyli do Wielkiej Brytanii w 2011 r. Starsza dziewczynka (J.) urodziła się w styczniu 2012 r. W maju 2013 r. urodziła się E. Wtedy miejscowe władze samorządowe (londyńskiej gminy Hounslow) przeprowadziły inspekcję warunków życiowych rodziny i stwierdziwszy, że J. żyje w nędzy, zaś narodziłom E. nie towarzyszyła żadna medyczna pomoc, odebrali dzieci rodzicom i umieścili je w rodzinie zastępczej. W toku postępowania mającego rozstrzygnąć przyszłe miejsce zamieszkania dziewczynek władze próbowały dowiedzieć się od rodziców, czy ich rodzina na Węgrzech posiada odpowiednie środki do życia, by przyjąć dziewczynki na utrzymanie¹⁸. Ponadto podjęto kontakt z właściwymi władzami węgierskimi, które pozytywnie zaopiniowały przekazanie dzieci na Węgry i zastrzegły, że adopcji nieletnich obywateli węgierskich zgodnie z miejscowym prawem mogą dokonać jedynie węgierskie organy administracyjne. Matka dziewczynek wróciła w 2014 r. na Węgry i urodziła

tam trzecie dziecko¹⁹. Na podstawie art. 15 rozporządzenia Rady nr 2201/2003 wszczęła postępowanie w celu uzyskania pozwolenia na przyjazd córek na Węgry. W odpowiedzi władze Hounslow wystąpiły do sądu o pozwolenie na adopcję dziewczynek przez rodzinę zastępczą w Wielkiej Brytanii – pomimo braku zgody biologicznych rodziców.

Sąd I instancji wydał decyzję o przekazaniu dziewczynek władzom węgierskim zgodnie z art. 15 rozporządzenia Rady nr 2201/2003²⁰. Sąd Apelacyjny Anglii i Walii oddalił apelację wniesioną przez urząd dzielnicowy Hounslow i fundację „Children’s Guardian”²¹.

Kluczowym zagadnieniem była rola najlepszego interesu dziewczynek przy ocenie zastosowania art. 15 rozporządzenia Rady nr 2201/2003 w przedmiotowej sprawie²².

Wyrok

Apelacja została uwzględniona jednogłośnie. Sprawa została ponownie przekazana do sądu I instancji w Wielkiej Brytanii, zaś decyzje niższych instancji o przekazaniu dziewczynek władzom węgierskim zostały uchylone.

Najważniejszą kwestią do rozstrzygnięcia był charakter kategorii „najlepszego interesu” i czy ma ona znaczenie jedynie w kontekście decyzji dotyczącej właściwości sądu, jak zdecy-

dował sąd I instancji. Zdaniem Sądu Najwyższego Wielkiej Brytanii kategoria ta jest dodatkową gwarancją dobra dziecka, spójną z prawami dziecka zawartymi w art. 24 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej²³. Sąd danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, decydując o tym, który sąd jest „lepiej umiejscowiony do rozpatrzenia sprawy lub jej szczególnej części” (art. 15 ust. 1 rozporządzenia) i czy przekazanie dziecka jest w jego „najlepszym interesie”, powinien te dwa etapy traktować oddzielnie²⁴. Kluczowe jest to, czy przekazanie dziecka (a nie ostateczne rozwiązanie sprawy) leży w jego najlepszym interesie. Należy wziąć pod uwagę wpływ, jaki przekazanie dziecka będzie miało na jego dobro i na tryb podejmowania decyzji w sprawie jego przyszłości przez właściwy sąd²⁵.

W przedmiotowej sprawie krótkoterminowym skutkiem przekazania dziewczynek byłoby wydalenie ich z domu, w którym E. spędziła całe, zaś J. większość życia. Dziewczynki były szczęśliwe w swoim obecnym miejscu zamieszkania, zaś ich sytuacja na Węgrzech przedstawiała się co najmniej jako niepewna. Długoterminowym skutkiem decyzji o przekazaniu byłoby pozbawienie dziewczynek szans na przyszłą opiekę i spokojne dzieciństwo. Sąd węgierski powinien przy podejmowaniu ostatecznej

17 Sprawa [2016] UKSC 15, [1].

18 Tamże, [6]–[8].

19 Tamże, [9].

20 Tamże, [17]–[26].

21 Tamże, [27]–[29].

22 Tamże, [31].

23 Tamże, [41]–[42].

24 Tamże, [43].

25 Tamże, [44].

decyzji w sprawie przyszłości dziewczynek wziąć pod uwagę sytuację materialną dalszej rodziny dziewczynek na Węgrzech, jak i pochodzenie etniczne J. i E.²⁶

Sądy niższych instancji nie zbadają, czy brytyjski sąd mógłby dojść do tych samych wniosków co właściwy sąd węgierski – gdyby okazało się to możliwe, najlepszy interes dziewczynek zostałby zachowany, ponieważ mogłyby one pozostać w swoim dotychczasowym miejscu zamieszkania z rodziną zastępczą, która dobrze się nimi opiekuje²⁷. Zdaniem Sądu Najwyższego brytyjski sąd był właściwszy, by zdecydować o losie dziewczynek, ponieważ miał szansę zapoznać się ze wszystkimi dowodami w sprawie²⁸.

Sprawa powinna powrócić do sądu I instancji, gdzie należy zdecydować o losie dziewczynek, biorąc pod uwagę cały materiał dowodowy. Sąd powinien przede wszystkim rozpatrzyć możliwość zastosowania środków alternatywnych do decyzji o przekazaniu dziewczynek stronie węgierskiej, np. ustanowienie prawnego opiekuna, nakaz ustalenia stałego miejsca zamieszkania dziewczynek lub nakaz adopcji pomimo braku zgody rodziców biologicznych²⁹.

Znaczenie

Lady Hale w wyroku podkreśliła znaczenie kontekstu w sporach dotyczących właściwej jurysdykcji. Skutkiem zasady swobodnego przepływu pracowników i ich rodzin w obrębie Unii Europejskiej jest to, że wiele dzieci zamieszkuje w krajach, których nie są obywatelami. Naturalne jest, że przynajmniej część z nich wymaga ochrony przed złym traktowaniem lub zaniedbaniem. W każdej sprawie sąd musi rozważyć, czy nie jest wskazane przekazanie dzieci do innego kraju członkowskiego³⁰. Jest to szczególnie istotne w sprawach, gdzie zgoda na adopcję może być wydana bez zgody biologicznych rodziców z uwagi na dobro dziecka, ponieważ w wielu innych krajach członkowskich sądy nie mają takiej możliwości prawnej³¹.

Pomimo tego że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest w trakcie rozpatrywania sprawy dotyczącej zastosowania art. 15 rozporządzenia Rady nr 2201/2003 w postępowaniach o zapewnienie dziecku opieki, Sąd Najwyższy Wielkiej Brytanii rozpatrzył przedmiotową sprawę w oparciu o założenie, że art. 15 może być w takich sytuacjach stosowany, dlatego też czuł się kompetentny, by sprawę

rozstrzygnąć i nie kierować pytania prawnego do TSUE. Najlepszy interes dziewczynek wymagał podjęcia decyzji niezwłocznie³². W odniesieniu do art. 15 rozporządzenia Rady nr 2201/2003 lady Hale uznała, że język przepisu jest wystarczająco jasny, by zastosować go do faktów przedmiotowej sprawy³³.

Najważniejszym elementem wyroku jest podkreślenie różnicy między wyborem sądu lepiej umiejscowionego do rozstrzygnięcia o dobru dziecka i decyzją o zapewnieniu najlepszego interesu dziecka. W tym względzie brytyjski Sąd Najwyższy potwierdził swoje wcześniejsze ustalenie w sprawie *Y v I*³⁴, mianowicie że decyzja o tym, czy przekazanie dziecka do innego kraju członkowskiego leży w najlepszym interesie tego dziecka, nie musi oznaczać, że ostateczne rozstrzygnięcie sprawy będzie również zgodne z jego najlepszym interesem. To uwalnia sąd od ustalenia, co jego zdaniem leży w najlepszym interesie dziecka w ogóle. Sąd ma za zadanie skupić się jedynie na kwestii, który z sądów – branych pod uwagę – ma lepsze możliwości właściwego rozstrzygnięcia sprawy w kontekście przekazania dziecka do innego kraju członkowskiego.

26 Tamże, [45]–[46].

27 Tamże, [48]–[49].

28 Tamże, [50].

29 Tamże, [61].

30 Tamże, [2].

31 Tamże, [3].

32 Tamże, [35], [54].

33 Tamże, [57].

34 [2009] UKSC 10.